

THÈSE DE

DIJON.

1891

N^o. 2.

FACULTÉ DE DROIT DE DIJON

DROIT ROMAIN

DE L'USUCAPION « PRO HEREDE »

DROIT FRANÇAIS

DES

FONDATEURS DE SOCIÉTÉS
ANONYMES

—X—

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Louis FLAMARION

Lauréat de la Faculté de Droit et de la Faculté des Lettres,
Juge suppléant chargé de l'Instruction à Autun.



AUTUN

IMPRIMERIE PAUL POIRSON

8, Avenue de la Gare, 8



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE DIJON

DROIT ROMAIN

DE L'USUCAPION « PRO HEREDE »

DROIT FRANÇAIS

DES

FONDATEURS DE SOCIÉTÉS
ANONYMES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le mercredi 29 Juillet 1891

PAR

Louis FLAMARION

Lauréat de la Faculté de Droit et de la Faculté des Lettres, Juge suppléant
chargé de l'Instruction à Autun.

Sous la présidence de M. DESSERTAUX, assesseur.

SUFFRAGANTS

MM. BAILLY, doyen.

MOUCHET, professeur.

GÉNY, agrégé.



AUTUN

IMPRIMERIE PAUL POIRSON

8, Avenue de la Gare, 8.

A LA MÉMOIRE DE MA GRAND'MÈRE

HOMMAGE DE GRATITUDE

A MON PÈRE ET A MA MÈRE

TÉMOIGNAGE DE RECONNAISSANCE ET D'AFFECTION

A MES MAÎTRES

A MON FRÈRE ET A MES AMIS

DROIT ROMAIN

DE L'USUCAPION « PRO HEREDE »

CHAPITRE 1^{er}

Des origines de l'usucapion « pro herede »

SECTION 1^{re}

ORIGINE RELIGIEUSE DE L'USUCAPION « PRO HEREDE »

Pour connaître les institutions des anciens, il est nécessaire d'étudier leurs plus vieilles croyances; les idées religieuses ont toujours exercé une influence des plus considérables sur le droit positif, et tel élément du droit privé peut paraître singulier et obscur qui s'expliquera facilement, si, remontant aux premiers âges, le jurisconsulte étudie les coutumes et les rites de la religion primitive. C'est cette considération qui doit nous guider dans le travail que nous entreprenons; c'est dans la connaissance des obligations relatives au culte que l'on peut, à notre avis, trouver des lumières sur l'origine encore si obscure de l'usucapion *pro herede*.

Quand nous considérons cette institution originale à travers les opinions et les faits de notre temps, nous ne pouvons nous empêcher de la trouver bizarre, voire même contraire aux principes les plus élémentaires de la probité. Un patrimoine est vacant, le propriétaire est mort, qui sera son successeur? Gaius nous apprend qu'il existait trois modes de dévolution d'une hérédité : celui qui avait toutes les préférences des Romains était le testament, le *decurus* choisissait lui-même son héritier. A défaut de désignation expresse faite par le défunt, il y avait ouverture de la succession *ab intestat*, et la vocation héréditaire était fondée, non sur les liens du sang et sur l'affection présumée, mais sur une parenté reposant sur des bases d'ordre purement religieux. Enfin, le troisième mode d'acquérir les biens héréditaires résultait de l'usucapion *pro herede* : un tiers quelconque, le premier venu, même de mauvaise foi, s'emparait des objets dépendant d'une succession ouverte et les possédait pendant un an, il usurpait ainsi le titre d'héritier et arrivait par l'usucapion de ce titre à succéder *per universitatem* au *decurus*; les héritiers véritables se trouvaient en présence d'une situation acquise qu'ils ne pouvaient attaquer.

Comment justifier une semblable institution qui permet de s'emparer d'une succession avec une facilité aussi grande? Quel était son but? Quelles causes lui ont donné naissance? Il serait impossible de répondre à ces questions sans se reporter à cette religion antique ayant constitué la famille et consacré le droit de propriété et le droit d'héritage dans la vieille loi romaine.

Un ouvrage justement célèbre, tant par la science de l'auteur que par l'art de la composition et le

charme du style, *la Cité antique*, de Fustel de Coulanges, a brillamment démontré qu'à l'origine de tous les peuples de race aryenne, la nature et le sentiment religieux ont fondé la famille, et l'ont élargie pour former une association plus grande, la cité. Le principe moral supérieur qui a donné à cette famille sa cohésion, son unité et son originalité, c'est la religion domestique, le culte des ancêtres. Si haut qu'on remonte dans l'histoire de la race indo-européenne dont les populations grecques et romaines ne sont que des branches, on voit toujours cette race imbuë de cette croyance qu'après cette vie tout n'est pas fini pour l'homme. Aussi regarde-t-elle les morts comme des êtres divins jouissant d'une existence bienheureuse. Elle adore ou vénère les mânes des ancêtres qu'elle conçoit comme autant de génies invisibles mais présents, occupés à protéger la personne et les biens de leurs descendants à condition que ceux-ci leur rendent les hommages prescrits par la coutume.

C'est ce culte domestique qui, comme un véritable lien, conserve l'unité de la famille, la fixe au sol et retient ses enfants autour de son foyer. De cette croyance primitive dérive la nécessité de la sépulture; les anciens étaient persuadés que l'âme sans tombeau était à jamais malheureuse, qu'elle devenait malfaisante et tourmentait les vivants. Il fallait en outre que des offrandes fussent régulièrement faites aux défunts par ceux qui étaient restés sur cette terre. Si l'on cessait d'offrir aux mânes le repas funèbre, les morts sortaient de leurs tombeaux et ne laissaient aux vivants aucun repos, réclamant ainsi le sacrifice, la nourriture et la libation. Mais si l'âme négligée était errante et malfaisante, celle qui était honorée

aimait et protégeait ceux qui lui apportaient sa nourriture, qui la priaient en lui demandant ses faveurs. De là toute une religion de la mort dont les rites ont duré jusqu'au triomphe du christianisme et qui a exercé son empire sur les hommes et sur leurs lois pendant un grand nombre de générations.

Ce culte des ancêtres au sein de la famille a comme prêtre le *paterfamilias*, et comme autel, le foyer domestique. Le père n'est pas seulement le propriétaire de sa femme et de ses enfants, il est encore investi d'une sorte de sacerdoce inaliénable; son épouse doit être agréée par les dieux domestiques pour qu'elle puisse entrer dans la nouvelle famille dont elle va honorer les ancêtres. Le foyer, placé à l'origine au centre de la salle commune, est l'autel sur lequel se trouvent les images des Pénates. C'est là que le matin le *paterfamilias*, entouré de ses enfants et de ses esclaves, vient prier les génies de ses pères, là qu'il offre les prémices de ses repas. Les jours de fête, il ajoute aux offrandes accoutumées des sacrifices, des gâteaux, des fleurs et des parfums. La flamme du foyer qui brille perpétuellement est elle-même à la fois une divinité et un hommage rendu aux divinités qui l'entourent; elle veille dans le sanctuaire domestique et ne doit s'éteindre qu'avec la famille elle-même. Aussi tous les événements de la vie de famille, les naissances, les mariages et les décès sont le principe d'actes religieux d'une haute importance. Le père en donnant la vie à son fils lui donne en même temps sa croyance et son culte, et lorsque lui-même ira rejoindre ses ancêtres dans la sépulture familiale, il deviendra un des mânes, et des hommages funèbres seront offerts à son ombre par ses descendants, comme à un nouveau dieu domestique.

On comprend dès lors toute l'importance que les anciens romains attachaient à la continuation du culte des *sacra privata*; le repos des morts, le bonheur des vivants étaient subordonnés à l'accomplissement de ces cérémonies. Bien mieux, le maintien de ces cultes privés était considéré comme indispensable au bien public, au salut même de la société. Aussi, voyons-nous la religion domestique soumise au contrôle de l'Etat, et les Pontifes, les gardiens nés des droits des mânes, interviennent et exercent leur surveillance dans les formalités d'un grand nombre d'institutions créées pour la conservation du culte des morts. Il importait, en effet, de ne pas le laisser périr; il fallait même le défendre contre la négligence ou les ruses des ingrats pour ne pas exposer la société entière au courroux des morts délaissés. Tous les actes du droit privé qui intéressaient à ce point de vue la religion domestique attiraient l'attention des pontifes qui voulaient empêcher les habiles d'éluder leurs règlements, et l'on peut dire que les prêtres ont, à bien des points de vue, créé une sorte de jurisprudence civile avant que Rome eût des préteurs et des jurisconsultes pour développer les principes formulés par eux.

C'est pour sanctionner d'une façon plus efficace et plus durable ces devoirs religieux envers les ancêtres que les pontifes avaient posé comme principe général le lien qui unit intimement le patrimoine au culte domestique; le patrimoine ne se conçoit pas sans les *sacra privata*. (Cicéron, *de leg.* II. 19 — § 48). C'était naturellement l'héritier qui était tenu de visiter le tombeau et d'offrir aux mânes la nourriture et les libations. Les deux idées de succession et d'offrandes funèbres sont deux idées inséparables; l'homme

meurt, le culte reste, le foyer ne doit pas s'éteindre ni le tombeau être abandonné, le droit de propriété se continue avec la religion. « De ce principe, dit Fustel de Coulanges, sont venues toutes les règles du droit de succession chez les anciens. Comme le fils est le continuateur naturel et obligé du culte, il hérite aussi des biens. Par là, la règle d'hérédité est trouvée : elle n'est pas le résultat d'une simple convention faite entre les hommes ; elle dérive de leurs croyances, de leur religion, de ce qu'il y a de plus puissant sur les âmes. Ce qui fait que le fils hérite, ce n'est pas la volonté personnelle du père. Le père n'a pas besoin de faire un testament, le fils hérite de son plein droit. Il est même héritier nécessaire, *heres necessarius*. Il n'a ni à accepter ni à refuser l'héritage. La continuation de la propriété comme celle du culte est pour lui une obligation autant qu'un droit. La langue juridique de Rome appelle le fils *heres suus*. Il n'hérite en effet que de lui-même. Entre le père et le fils, il n'y a ni donation, ni mutation de propriété, il y a simplement continuation. »

Quand un homme mourait sans enfant, il n'en résultait pas que le culte dût cesser ; il importait au plus haut chef, au salut des vivants et de l'Etat, que les ancêtres du défunt et le défunt lui-même continuassent à être honorés sur cette terre. Quelle personne devra célébrer ce culte ? ce sera le parent le plus proche dans la ligne masculine ; la parenté agnatique est en effet seule prise en considération dans le droit successoral primitif de Rome où la religion domestique se transmet de mâle en mâle. Ce continuateur du culte appartient à la famille du défunt et lui succède comme ayant un même foyer originaire, mais il n'est pas lié par les rapports étroits qui unissent un

père à son fils ; on ne peut dire de lui que la succession lui incombe *sive velit sive nolit*, quelle qu'elle puisse être, même avec ses charges et ses dettes. Aussi ce successeur de la ligne collatérale n'est-il plus appelé héritier sien et nécessaire ; à son égard, il existe bien une mutation de propriété ; il n'est définitivement investi de l'hérédité que par un acte de sa volonté, c'est un *héritier externe ou volontaire*.

Cette catégorie de successeurs auxquels l'hérédité était simplement offerte, ne devait recueillir les biens et être tenus des *sacra* qu'après une adition, manifestation expresse de leur volonté ; il en résultait de graves inconvénients. La loi défère en aveugle la succession suivant les hasards de la naissance ou de la mort ; libre d'accepter, l'héritier peut retarder indéfiniment son adition et laisser pendant longtemps le patrimoine sans maître et l'autel domestique sans prêtre. L'héritier légitime pouvait pousser plus loin encore l'indifférence et répudier les biens héréditaires de sorte que le patrimoine du défunt restait abandonné, la religion domestique à jamais délaissée, et les mânes privés des offrandes nécessaires à leur repos.

Cette faculté laissée à l'héritier externe d'apporter un long retard ou de se soustraire à l'exécution des obligations que lui imposait sa qualité, nous explique l'introduction de deux institutions destinées à atténuer ce danger ; je veux parler du droit de tester et de l'*usucapio pro herede*. Très probablement le testament ne devait pas exister dans la très ancienne Rome ; les autres peuples de race aryenne, les Hindous et les Grecs, ou ne l'ont jamais permis, ou ne l'ont accepté que fort tard et dans des cas exceptionnels. Et cette prohibition s'explique facilement étant données les croyances religieuses de cette race ; le

testament qui peut enlever au continuateur légitime du culte les biens de la famille était en opposition avec l'idée de copropriété familiale qui entraîne pour les descendants l'obligation aux hommages funèbres. Quoiqu'il en soit, la loi des XII Tables nous révèle l'existence du testament à l'époque de ce document législatif. J'incline toutefois à penser que, prohibé à l'origine en présence d'un héritier sien, il fut introduit pour pallier aux dangers produits par la succession collatérale. Même dans ces limites, cet acte était fort grave, car il s'agissait de confier à un étranger le soin d'honorer les ancêtres d'une famille à laquelle rien ne le rattachait. Aussi le législateur exige-t-il des formalités qui montrent jusqu'à quel point la famille et la société se trouvaient intéressées. De tout temps le testament fut considéré comme un acte public; mais, surtout à l'origine, il apparaît comme un acte essentiellement religieux et politique; le testament *calatis comitiis* qui fut, sans nul doute, le plus anciennement pratiqué, devait être déclaré devant le peuple assemblé en *comitia calata* et convoqué par les Pontifes qui intervenaient pour surveiller la transmission des devoirs religieux attachés à la propriété.

Le droit de tester, une fois reconnu, empêchait-il le danger d'une interruption des *sacra privata*? évidemment non; les mêmes inconvénients que nous avons signalés plus haut se présentaient encore, atténués sans doute, mais non moins à redouter. Si l'héritier légitime externe avait la faculté de répudier l'hérédité, *a fortiori* un institué, qu'aucun lien de parenté n'unissait au défunt, ne pouvait être contraint d'accepter des charges qui étaient quelquefois très lourdes. Une addition était nécessaire, et rien n'empêchait de la retarder très longtemps, quelquefois même

indéfiniment. Enfin, si des doutes pesaient sur la solvabilité du défunt, c'était une répudiation probable, sinon certaine. Car l'héritier se souciait fort peu de se charger d'une liquidation longue et onéreuse, pour recueillir en définitive des bénéfices peut-être insignifiants. Dans ce dernier cas, celui dont le patrimoine était ainsi grevé de dettes était fatalement destiné à rester sans hommages funèbres après son décès, et le culte de ses ancêtres allait périr. Il est vrai que par la suite, les Romains trouvèrent un remède à ce mal : ils permirent à un maître d'instituer par testament son esclave, qui, recueillant à la fois la liberté et le patrimoine du défunt, était ainsi chargé des *sacra*. Cet esclave était héritier malgré lui, c'était un *héritier nécessaire*, et les créanciers du défunt ne pouvaient attaquer son affranchissement, tant était profond le respect des Romains pour le culte des ancêtres, tant était grande la crainte de voir s'éteindre la flamme d'un foyer domestique. Mais cette création de l'héritier nécessaire ne s'introduisit qu'assez tard dans le droit successoral romain.

Enfin, soit qu'il y eût négligence, soit pour toute autre cause, il pouvait arriver que la mort surprît le romain avant qu'il n'eût désigné son représentant. Il fallait trouver un moyen qui empêchât l'abandon d'un autel privé ou obligeât l'héritier à accepter promptement la succession et laisser le moins longtemps possible les mânes sans hommages. Telle fut l'origine de l'usucapion *pro herede*, moyen énergique employé pour empêcher l'héritier de se soustraire à ses devoirs religieux. Quiconque, avant l'adition, s'est mis et maintenu pendant un an en possession des biens héréditaires, acquerra l'hérédité sous la charge des *sacra* qui y étaient attachés. Enfin, cette

usucapion lucrative ouvrait la voie à la dévolution des biens en déshérence en permettant à un possesseur quelconque de devenir l'héritier d'une succession que personne ne réclamait. Un ami du défunt qui consentait à honorer ses mânes sans l'appât d'une succession avantageuse, ou bien celui qui ne craignait pas de se charger d'une liquidation difficile dans l'espoir qu'elle se terminerait par des bénéfices, pouvait usucaper *pro herede* le patrimoine d'une personne sur la solvabilité de laquelle des doutes étaient possibles. Les Romains ne voulurent pas, en effet, attribuer les successions en déshérence à l'Etat qui s'effaçait ainsi devant les possesseurs, afin de satisfaire à la nécessité de perpétuer les sacrifices de famille; plus tard, quand, avec le temps, les *sacra* tombèrent en désuétude, nous verrons la loi *Julia Caducaria*, sans supprimer complètement l'usucapion lucrative, attribuer au trésor public les biens appartenant aux hérédités vacantes.

On voit, par ce qui précède, que l'intérêt religieux est la cause essentielle, le mobile supérieur de notre institution. Gaius qui doit, dans cette étude, être pour nous un guide d'autant plus précieux qu'il est presque unique, vient pleinement confirmer notre thèse en indiquant toutefois un second motif qui ne fut certainement que subsidiaire : « *Quare usucapio concessa sit, illa ratio est quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur* » (II-255). Gaius nous parle de l'intérêt que les créanciers d'un défunt peuvent trouver dans l'usucapion *pro herede*; en effet, les Romains avaient, à l'origine, conçu les droits personnels comme liant la personne seule du

débiteur et ne devant jamais s'exécuter directement sur les biens; il était donc impossible aux créanciers de poursuivre leur paiement sur le patrimoine d'un défunt. Mais dès qu'il existait un héritier propriétaire de ce patrimoine, une poursuite devenait possible en substituant au défunt un héritier indéfiniment responsable. Il convient toutefois de remarquer que ce motif de notre usucapion n'était que secondaire, le motif supérieur était le premier qui intéressait à la fois la religion, la famille et l'État.

Telle est, à mon avis, l'origine de l'*usucapio pro herede*, qui puise sa source dans les antiques croyances religieuses et qui, par suite, doit remonter très haut dans l'histoire du droit romain. Il est impossible de fixer une date, même approximative, à la naissance de cette curieuse institution. Cependant, il me paraît résulter des développements qui précèdent, que l'*usucapion pro herede* a dû suivre la création du droit de tester, puisqu'elle avait pour but de pallier certains dangers que ce droit, à lui seul, n'avait pu conjurer. Cette probabilité devient presque une certitude si l'on considère la marche des idées conçues par les Romains sur les *sacra privata*. A la première origine, la religion est essentiellement domestique, elle ne peut être célébrée que par la famille : « Une des premières règles de ce culte, dit Fustel de Coulanges, était qu'il ne pouvait être rendu par chaque famille qu'aux morts qui lui appartenaient par le sang... On croyait que le mort n'acceptait l'offrande que de la main des siens; il ne voulait de culte que de ses descendants; la présence d'un homme qui n'était pas de la famille troublait le repos des mânes ». Tant que vécurent ces antiques croyances, l'*usucapio pro herede* qui pouvait appeler à

l'hérédité un homme complètement étranger à la famille, n'existait certainement pas encore. Mais peu à peu les Romains, dans l'intérêt même de la conservation du culte, se départirent de cette exclusion et nous avons vu sous l'influence de quels principes les Pontifes réunirent intimement les idées de religion et de succession aux biens. Du jour où la liberté de tester permit de choisir comme héritier une personne autre que les descendants par les mâles, aucun obstacle ne s'opposa plus à ce que le premier venu pût usucaper *pro herede* et raviver la flamme du foyer domestique qui ne devait plus être souillé par sa présence. Notre institution est donc postérieure à l'époque où le testament fut permis, peut-être existait-elle au moment où fut édictée la loi des XII Tables, mais rien ne permet de le conjecturer.

SECTION II

AUTRES THÉORIES SUR LES ORIGINES DE L'USUCAPION

« PRO HEREDE »

D'autres théories se sont produites qui ont assigné à l'usucapion *pro herede* une origine différente de celle que nous indique Gaius. Il est nécessaire de les exposer brièvement, en raison même de leur originalité.

1° THÉORIE DE VAN WETTER. — D'après Van Wetter (*Cours élémentaire de droit romain, tome I, § 105*), le motif donné par Gaius « n'est guère sérieux, car pour atteindre le même résultat (assurer la continuation des *sacra*), il eût suffi d'imposer à

l'héritier l'obligation de prendre parti dans l'année, sous peine de voir déferer la succession aux héritiers subséquents ». Le savant professeur ajoute : « l'ancien système de succession légitime ne tenant aucun compte de la simple cognation, l'usucapion *pro herede* fournissait aux cognats un moyen facile d'arriver à la succession à défaut d'agnats, et constituait pour eux une succession indirecte dès qu'il n'y avait point de parents civils ». Cette opinion peut facilement se combattre. Malgré le peu de respect que Van Wetter professe pour Gaius, il faut convenir que ce jurisconsulte qui vivait à une époque où l'*usucapio pro herede* existait encore, qui nous a donné des renseignements si précieux sur le vieux droit romain, devait connaître mieux que les modernes les véritables causes des anciennes institutions. Tout d'abord il est faux de dire que la continuation des *sacra* eût été assurée d'une façon aussi efficace par le moyen proposé plus haut; il importait au bonheur des mânes non seulement que le foyer domestique ne fût pas éteint, mais encore que le culte ne subît aucune interruption; or, donner à l'héritier légitime une année pour prendre parti, puis offrir à l'expiration de ce délai une nouvelle année à l'héritier de l'ordre subséquent, et ainsi de suite, c'eût été produire un retard des plus funestes au repos des morts. D'autre part, Van Wetter se trouve en complète contradiction avec les textes qui nous sont parvenus sur la matière, et qui ne supposent nullement un droit de préférence au profit des cognats à l'exclusion des étrangers. Sans doute, dans la pratique, c'étaient ceux qui vivaient auprès du *decurus* qui continuaient à posséder des biens dont ils étaient pour ainsi dire naturellement nantis; le plus souvent l'usucapion *pro herede*

profitait ainsi à des parents unis au défunt par des liens autres que ceux de succession; mais il n'en est pas moins vrai que tout citoyen, parent ou non, pouvait usucaper *pro herede*.

2° THÉORIE DE MAYNZ. — Un autre professeur belge, Maynz, (*Cours de droit romain, tome III*), assigne à notre institution une cause toute différente en faisant abstraction complète de l'élément religieux. Il déclare aussi que « l'on ne peut pas prendre au sérieux » ce que dit Gaius, lorsqu'il attribue l'origine de cette usucapion au désir de contraindre les héritiers à acquérir sans délai la succession qui leur est déférée. D'après cet auteur, la succession testamentaire fut, au debut, l'unique mode de dévolution des biens; l'hérédité légitime ne fut introduite que plus tard dans les mœurs romaines; à défaut de testament ou lorsque l'héritier institué par le *decurus* ne se rendait pas à son appel, le patrimoine délaissé se trouvait sans maître; dès lors, le premier venu pouvait s'en emparer et l'acquérir par une possession continue comme s'il était héritier. Comme le plus souvent cette usucapion était accomplie au profit des membres de la famille du défunt, on admit bientôt que le patrimoine d'un citoyen mort sans avoir désigné son héritier put être réclamé par ses proches parents.

Cette explication qui peut séduire à première vue, ne résiste pas à un examen sérieux. Tout d'abord prétendre qu'à Rome, la succession testamentaire a précédé l'hérédité légitime c'est, pour employer une expression de Maynz lui-même, commettre « une hérésie historique ». Les données de l'histoire nous représentent les peuples primitifs, surtout ceux de race aryenne, comme ayant connu et pratiqué la copropriété de famille et la succession légitime qui en

est la conséquence, longtemps avant la création du testament, moyen facile de dépouiller les descendants du patrimoine familial.

Le système de Maynz se heurte d'ailleurs à des objections auxquelles il lui est bien difficile de répondre. Du jour où l'hérédité légitime prenant sa source dans l'usucapion *pro herede* fut définitivement établie à Rome, cette dernière institution aurait dû disparaître, car elle ne répondait plus à aucune utilité ; pourquoi continua-t-elle à subsister si longtemps dans la législation ? En outre, dans la théorie de Maynz, l'usucapion étant le plus souvent accomplie au profit des parents qui habitaient avec le *deujus* et qui, par sa mort, se trouvaient avoir en fait la possession de ses biens, cet usage répété fit consacrer les principes de la succession légitime ; mais en partant de cette idée, tous les parents, quels qu'ils soient, agnats ou cognats, habitant avec le défunt, auraient dû être déclarés héritiers *ab intestat*. Nous voyons au contraire le législateur établir une gradation entre les parents, et les cognats sont exclus ; cette gradation, qui n'a pas sa raison d'être dans la théorie de Maynz, s'explique merveilleusement avec les croyances anciennes sur la religion domestique et la propriété familiale.

3° THÉORIE DE M. HUC. — Un professeur à la Faculté de Toulouse, M. Huc, a publié sur le *Formalisme dans l'ancien droit romain*, un travail où il explique d'une façon assez intéressante l'origine de notre institution. (Mémoires de l'Académie de Toulouse, tom. X, 1861.) D'après lui, il y aurait eu deux espèces d'usucapions *pro herede*, dont l'une n'était que la conséquence normale et légitime des principes juridiques, et l'autre ne devint *improba* que par

suite de l'abus qui en fut fait, M. Huc suppose, pour le fonctionnement de la première, que l'héritier légitime n'a pas encore fait adition, il peut céder *in jure* l'hérédité; si cet héritier n'est qu'apparent, il ne peut transférer une propriété qu'il n'a pas; alors l'acquéreur, réunissant les conditions de juste titre et de bonne foi, usucapera l'hérédité; c'est l'application pure et simple de l'usucapion à une époque où elle n'était pas encore défendue pour les choses incorporelles. A côté de cette usucapion légitime, s'en est établie une autre dont a pu profiter un possesseur même de mauvaise foi. L'hérédité est jacente, elle est *res nullius*, elle ne peut être acquise par occupation car le véritable héritier peut apparaître et faire adition. Comme l'abandon de l'hérédité fait évanouir les dettes du défunt, on imagine un moyen d'éviter ce résultat en permettant à celui qui s'empare des choses héréditaires de devenir propriétaire de l'hérédité elle-même, à la charge de continuer les obligations du défunt.

Cette explication de M. Huc est fort ingénieuse : elle renferme sans doute quelques points vrais, mais elle a le tort, comme le système précédent, de faire complètement abstraction des idées religieuses.

Cette théorie nous indique comme origine de l'*usucapio pro herede* dont parle Gaius, celle qui s'effectue à la suite d'une *cessio in jure* consentie par un héritier apparent à un possesseur de bonne foi, mais où serait le lien qui unit ce cas avec celui où le premier venu s'empare d'une hérédité jacente; je vois bien deux usucapions se produisant dans deux cas absolument distincts, mais je ne vois pas que l'une soit le principe de l'autre. C'est que M. Huc a le tort d'appeler usucapion *pro herede* le cas où un

acheteur de bonne foi d'une hérédité l'acquerrait par usucapion ; tous les textes qui parlent de l'institution faisant l'objet de notre étude, se placent dans l'hypothèse d'une succession ouverte et dont s'empare une personne quelconque. Il faut, en effet, avoir bien soin de ne pas confondre l'usucapion ordinaire au titre *pro emptore* avec l'usucapion spéciale dite *lucrativa pro herede*. Dans la première hypothèse prévue par M. Huc, il y a un acheteur usucapant en vertu d'un juste titre qui résulte d'une vente consentie par un *non dominus* ; c'est le titre *pro emptore*. Dans le deuxième cas seulement nous sommes en présence d'une véritable *usucapio pro herede*. Mais le système que nous combattons ne voit comme but unique de cette institution que l'intérêt des créanciers ; nous avons démontré que ce motif d'ordre purement privé n'était que secondaire et que la continuation des *sacra*, mettant en jeu des intérêts d'ordre social et religieux, fut le motif générateur et déterminant.

Si l'on n'avait eu pour but que d'éviter l'extinction des dettes d'une hérédité vacante, il existait un moyen plus simple d'arriver à ce résultat sans créer une institution bizarre et mettant pour ainsi dire les patrimoines au prix de la course : c'était d'attribuer à l'État la succession non recueillie. Plus tard, quand le principe de la dévolution au fisc des biens vacants fut définitivement admis, on sut fort bien sauvegarder les droits des créanciers. L'État devenant propriétaire *per universitatem* était tenu, tout au moins *intra vires successionis*, des charges et des dettes. Et cette attribution au trésor public des successions en déshérence eût été une conséquence normale des idées que les Romains s'étaient formées sur la propriété. Pour les Romains des premiers âges, toute

propriété dérive de l'État, la conquête est le principe de la propriété; or, l'État est propriétaire de toutes les choses conquises; puis la propriété collective à l'origine devient peu à peu individuelle, portant d'abord sur le butin pris à la guerre, puis sur les autres meubles et enfin sur les immeubles. Le principe du retour à la société des biens n'ayant plus de maître était une conséquence naturelle de ce communisme primitif. Pourquoi ne fut-il pas admis? Il serait difficile de l'expliquer si, comme M. Huc, on ne tenait aucun compte des croyances religieuses. Au contraire, avec la nécessité de perpétuer les sacrifices de famille, on s'explique à merveille que la société ait fait abstraction de son droit et se soit effacée devant des possesseurs obligés par l'usucapion de continuer le culte des *sacra*.

4^e THÉORIE DE M. CUQ. — Une dernière explication a été donnée par M. Cuq dans un travail sur *le Testament per æs et libram*, et publié dans la *Nouvelle Revue Historique* (1886). D'après cet auteur, l'origine de l'usucapion *pro herede* se rattacherait à la création du Testament *per æs et libram*. Les anciennes formes de tester (*calatis comitiis*, — *in procinctu*), étaient suffisantes à une époque où les testaments étaient rares dans la pratique et où Rome, simple bourgade, voyait ses citoyens agglomérés dans ses murs; mais du jour où les relations commerciales commencèrent à s'étendre, il fut nécessaire de trouver un nouveau moyen permettant à un citoyen de régler même en voyage le sort de son patrimoine après son décès. La *mancipatio*, pouvant être faite en tout temps et en tout lieu, présentait à cet égard de grands avantages: « les biens du défunt étaient mancipés à l'acquéreur, non

pas pour les garder et en faire son profit, mais pour en distribuer la valeur aux personnes désignées par le défunt. En acceptant la mission qui lui était confiée, le *familiae emptor* rendait un service d'ami : c'était un exécuteur testamentaire. » Le plus souvent, celui qui recueillait la majeure partie de l'hérédité n'était autre que le fils du *decurus* ; le père en même temps pouvait gratifier d'autres personnes ; mais il est à remarquer que le gratifié n'étant pas un légataire n'avait aucun moyen d'action contre l'acquéreur, il ne pouvait se prévaloir d'un acte auquel il était resté étranger ; le disposant n'avait fait qu'une simple prière au *familiae emptor*. « Le gratifié était dans la situation d'un fideicommissaire à l'époque où le fideicommiss n'était pas obligatoire ; il était à la merci du fiduciaire ». Pour M. Cuq, la libéralité, ainsi faite par voie de *familiae mancipatio*, devait porter le nom de *mortis causa capio*. Lorsqu'au décès du disposant le *familiae emptor* négligeait de transférer par une remancipation la propriété des biens aux personnes qui lui avaient été désignées, celles-ci pouvaient s'emparer des biens héréditaires ou conservaient ceux dont elles avaient déjà la détention et les usucapaient par un an *pro herede*. « Ici, l'usucapion est établie, non pas en vue de consacrer l'usurpation, mais pour consolider la propriété sur la tête de celui à qui elle doit régulièrement appartenir. Elle dispense le *familiae emptor* de remanciper au gratifié la *familia* du défunt, de même que l'*usureceptio* dispense le créancier gagiste de remanciper au débiteur la chose aliénée fiduciairement. »

Cette explication toute ingénieuse qu'elle paraisse ne saurait nous satisfaire. M. Cuq présente la *familiae mancipatio* comme pouvant tenir lieu de testament,

et en même temps il déclare que les libéralités ne sont pas obligatoires pour l'*emptor* qui est libre d'exécuter ou non la volonté du défunt. Il y a là deux idées incompatibles. D'autre part, cette institution aurait eu pour but de réaliser un progrès sur les autres formes de testament en permettant à un père de famille, craignant une mort prochaine, de gratifier certaines personnes tout en laissant à ses enfants la plus grande partie de sa fortune; il est, au contraire, facile de constater que cette forme de régler la dévolution de son patrimoine eût été peu pratique et pleine de dangers. Pourquoi employer ce moyen détourné pour arriver à faire à un tiers une simple libéralité? Il était beaucoup plus simple de laisser la dévolution s'effectuer d'après les règles de la succession *ab intestat* et de prier ses descendants de livrer au gratifié le bien dont on voulait disposer à son profit; le résultat était le même puisque le *familiæ emptor*, lui aussi, ne pouvait être contraint d'exécuter la volonté du *decurus*. Il y a plus: en procédant par voie de mancipation, le *paterfamilias* ayant aliéné tout son patrimoine, dépouillait ses enfants qui étaient ainsi livrés à la merci de l'*emptor familiæ*, devenu propriétaire de l'hérédité; celui-ci, pour qui les instructions du défunt n'étaient pas obligatoires, pouvait fort bien se refuser à les exécuter, et rien ne permet de supposer que la mancipation était accompagnée d'une clause de fiducie. On a peine à croire que l'esprit pratique des Romains eût inventé un procédé aussi compliqué et aussi plein de dangers. Nous préférons de beaucoup l'opinion généralement admise et qui considère l'*emptor familiæ* comme étant le véritable héritier; l'institué jouait le rôle d'acquéreur, le testateur lui mancipait son patrimoine en lui

imposant par une sorte de pacte adjoint les legs et autres dispositions qu'il se proposait de faire. D'ailleurs, il est un argument décisif contre lequel se heurte le système de M. Cuq. Gaius (II — § 55) nous dit que l'usucapion *pro herede* a pour but « *hereditates maturius adiri*; » il suppose donc formellement la présence d'un héritier; or, l'*emptor familiæ* étant acheteur ne saurait être héritier, il n'a aucune adition à faire; d'autre part, il n'existe pas de testament. M. Cuq comprenant toute la valeur de cette objection essaye de la réfuter en faisant ressortir la contradiction entre les § 55 et 52 de Gaius: pour lui, l'*usucapio pro herede* en dehors de l'utilité indiquée par le § 55 avait une sphère d'application plus large qui nous serait révélée par le § 52; en effet, Gaius y déclare que l'usucapion était possible tant que l'héritier n'a pas pris possession des choses héréditaires, donc l'adition était un fait indifférent; c'était précisément quand l'*emptor familiæ* qui n'avait aucun intérêt à entrer en possession négligeait de le faire que les gratifiés s'emparaient des biens de la succession et usucapaient. Cette réponse n'est pas convaincante: bornons-nous à constater que, même dans le § 52, Gaius parle d'un « *heres* » qui s'est mis en possession; or, nous refusons à M. Cuq le droit d'appliquer ce § au *familiæ emptor* qui, lui-même le reconnaît, n'est pas un héritier. Enfin, d'après le système que nous combattons, l'*usucapio pro herede* était établie « non pas en vue de consacrer l'usurpation, mais pour consolider la propriété sur la tête de celui à qui elle doit régulièrement appartenir. » On comprend alors bien difficilement que cette institution soit devenue l'usucapion « *omnino tam improba* » dont parle Gaius (1).

(1) Dans un ouvrage, récemment paru, « *Les Institutions juridiques des Romains*, » M. Cuq semble abandonner sa thèse (p. 299).

APPENDICE

UNE INSTITUTION ANALOGUE SE RETROUVE CHEZ LES PEUPLES DE RACE ARYENNE

A la suite des développements qui précèdent, nous pouvons conclure que c'est dans l'étude des obligations relatives au culte que l'on peut trouver des lumières sur l'origine, encore si obscure, de l'*usucapio pro herede*. Cette idée dominante est tellement vraie que chez les peuples de même race, de race aryenne, et par suite de mêmes idées religieuses, nous retrouvons une institution présentant avec celle que nous étudions une analogie plus ou moins grande, mais ayant précisément pour but d'empêcher l'interruption du culte domestique.

Dans le droit indou, la dévolution héréditaire se fait aux parents pouvant offrir des libations mortuaires au plus grand nombre d'ancêtres défunts. La loi de Manou (9: 186) indiquant l'ordre des successions, appelle un certain nombre de personnes à défaut desquelles « celles alliées par des offrandes funéraires, en nom semblable de famille, par descendance d'une même souche, prendront la succession. » (*Traduction Loiseleur.*) Enfin, et c'est là où nous retrouvons une analogie frappante avec l'*usucapion pro herede*, « à défaut de tout parent, des brahmanes versés dans les trois livres saints, purs d'esprit et de corps, et maîtres de leurs passions, sont appelés à hériter, et doivent en conséquence offrir le gâteau :

de cette façon les devoirs funèbres ne peuvent cesser. » Remarquons que cette législation successorale existe encore chez les Indous, tant la religion primitive a laissé de traces profondes dans les mœurs de ce peuple.

En Grèce, nous retrouvons inséparables les deux idées de succession et d'offrandes funèbres aux mânes du défunt. L'orateur Isée (*de l'hérédité d'Apollo-dore*, — § 30 — *Didot p. 287*), nous apprend qu'il ne pouvait y avoir à Athènes de succession en déshérence; la loi chargeait le premier archonte éponyme de veiller à ce que le foyer domestique ne fût pas éteint et de chercher un citoyen disposé à continuer le culte domestique. Même à l'époque où les dépenses publiques grevaient lourdement le Trésor, l'attribution à l'État des biens vacants ne fut jamais admise, et l'idée qu'une famille ne doit point s'éteindre, fit maintenir à l'éponyme le droit d'adjudger les successions sans héritier aux personnes qui s'engageaient à honorer les mânes du défunt. (*Caillemer*, — *Le droit de succession légitime à Athènes*, ch. I — S^m 5 — § 3 — p. 132). N'est-elle pas saisissante l'analogie de cette institution avec *l'usucapio pro herede*? Observons toutefois cette différence que les Romains, au lieu de confier à un prêtre le soin de chercher un continuateur du culte, laissaient une part plus grande à l'initiative individuelle, en permettant au premier venu de s'emparer d'un patrimoine en déshérence et de prévenir ainsi l'abandon d'un autel privé.

CHAPITRE II

L'usucapio « pro herede » présente des dérogations importantes aux principes généraux de l'usucapion

L'usucapion *pro herede* semble présenter les plus graves dérogations aux principes généraux de l'usucapion ordinaire. Voyons s'il est possible de les expliquer.

1^{re} DÉROGATION. — A l'époque classique, deux conditions essentielles sont exigées chez celui qui prétend à la propriété par l'usucapion : la *justa causa* et la *bona fides*. Or, nous savons qu'une succession pouvait être usucapée par le premier venu, même sans juste titre ni bonne foi. Aussi, Gaius qui signale cette anomalie n'hésite-t-il pas à décerner à notre institution l'épithète d'*improba*. Quelle raison donner à cette antinomie ?

Récemment, une théorie des plus ingénieuses a découvert le motif de cette dérogation jusqu'alors inexplicable. M. ESMEIN (*Mélanges d'histoire du droit*, p. 171 et suiv.) a brillamment soutenu qu'à la première origine, l'usucapion n'exigeait ni le titre ni la bonne foi et s'accomplissait par la seule possession prolongée pendant un certain temps. Cette théorie première aurait laissé des traces dans le droit

classique; elle serait restée en vigueur par un certain nombre d'applications qui se comprennent parfaitement en les rattachant à cette ancienne règle commune. Parmi elles se trouve l'*usucapio pro herede*.

Nous ne voulons point rappeler les arguments nombreux invoqués par M. Esmein à l'appui de sa thèse; ils nous ont paru concluants et nous n'hésitons pas à nous rallier à son opinion. Dès lors l'anomalie que nous signalions n'existe plus: pendant que la théorie primitive de l'usucapion ordinaire se modifiait profondément sous les efforts des jurisconsultes, les raisons d'ordre supérieur que nous avons exposées plus haut, avaient conduit à laisser subsister en notre matière les anciens principes qui favorisaient la prise de possession d'une succession vacante et par suite la continuation des *sacra*.

Cette théorie de M. Esmein a jeté un jour nouveau sur une règle célèbre dont on retrouve la trace jusque dans notre droit français (art. 2236 du C. civ.); je veux parler de la maxime « *Nemo sibi causam possessionis mutare potest* » (L. 3 § 19 — D. — 41. 2). Il ne faut pas interpréter cette règle dans le sens qu'il est impossible, même avec le concours d'une autre personne, de changer la cause de sa possession: celui qui, possédant une chose de mauvaise foi, l'achète ensuite du vrai propriétaire ou de celui qu'il croit être le vrai propriétaire, effectue par cela même une *causæ mutatio* très valable (L. 33 § 1 — D. — 41. 3). Notre maxime signifie qu'après avoir commencé une possession d'une certaine qualité, on ne saurait par sa seule volonté en changer le caractère; autrement dit, celui qui a la possession ou la détention d'une chose *alieno nomine* ne peut par un simple changement d'intention commencer à posséder *pro suo*.

Si nous transportons l'application de cet adage dans la matière de l'*usucapio pro herede*, nous le voyons occuper une place prépondérante: sans lui, dans un grand nombre de cas, la loi aurait permis une usucapion par trop inique. Toute personne peut s'emparer d'une succession vacante, la posséder *pro herede* pendant un an, et en devenir propriétaire sans juste titre ni bonne foi; or, celui qui possédait *pro emptore*, ou qui, en sa qualité de dépositaire, de fermier, ou de commodataire, n'avait pas la *causa usucapionis*, aurait pu, en cas de mort du propriétaire, tirer un avantage de l'*usucapio pro herede*. L'acheteur d'un immeuble héréditaire qui, avant l'ouverture de la succession, était en voie d'usucaper par deux ans, n'aurait plus eu besoin que d'une seule année; les simples détenteurs auraient pu s'ériger en possesseurs *pro herede*. Ce résultat était empêché par la règle «*nemo sibi....*», car on ne pouvait par sa seule volonté transformer arbitrairement son titre insuffisant en une cause valable de possession. (1) Avec la théorie classique, exigeant comme éléments de l'usucapion le juste titre et la bonne foi, l'adage perd une grande partie de son importance, car la bonne foi fera toujours défaut à ceux contre lesquels il est dirigé. Aussi, M. de Savigny (*Traité de la possession. — Traduction Staed- tler, p. 61*) qui, pour la première fois, a révélé le sens véritable de la maxime en a limité son domaine

(1) Les deux hypothèses qui précèdent sont prévues par Julien (*L. 2, § 1 D. Pro her.*) qui étend la prohibition de l'usucapion au détenteur tout aussi bien qu'au possesseur, «*ut possessio non solum civilis sed etiam naturalis intelligatur.*» Le même jurisconsulte développe de la même manière la portée de la règle dans la loi 33, § 1, (*de usurp.*), en réservant néanmoins la possibilité d'une intervention par une cause venant d'un tiers.

à la seule *usucapio pro herede* qui aurait même été la cause de sa création. Mais nous pensons, avec M. Esmein, que la formule devait avoir un caractère absolu de généralité : rien ne permet de supposer qu'elle ait été créée spécialement pour notre matière; à l'origine, elle devait dominer toute la théorie de l'usucapion qui pouvait s'accomplir sans juste titre ni bonne foi.

M. de Savigny fait remarquer à l'appui de sa thèse les expressions identiques dont se servent, et Gaius en parlant de l'*usucapio pro herede*, et les jurisconsultes qui expliquent notre règle. Gaius appelle *lucrativa* l'institution que nous étudions; or, dans deux passages différents Julien, parlant de l'adage «*nemo sibi....*», emploie des termes analogues: «*qui sciret se bonâ fide non possidere et lucrificiendi causâ inciperet possidere*» (L. 33, § 1 de *usurp.*) et «*lucrificiendi causâ pro herede usucapere posse.*» (L. 2, § 1, pro her.). L'identité des expressions conduit à l'identité des situations; donc, les passages précités ne concernent que l'usucapion *pro herede*. — Ce rapprochement de mots ne paraît pas un argument très solide, étant donné surtout qu'il s'agit de jurisconsultes différents. Sans doute, à l'époque classique où la bonne foi était, sauf quelques rares exceptions, exigée comme élément de l'usucapion, la règle «*nemo sibi....*» devait recevoir son application la plus fréquente dans la matière qui nous occupe, mais nous prétendons que, loin d'avoir été créée pour ce seul cas, la maxime trouvait à l'origine son application dans toute la matière de l'usucapion où elle avait une utilité considérable : sans elle, toute personne mise en possession à titre précaire par le vrai propriétaire aurait pu, par un acte de sa vo-

lonté le dépouiller par l'expiration d'une ou deux années. Nous la retrouvons, même à l'époque classique, dans tous les cas où exceptionnellement l'usucapion est affranchie de la bonne foi. M. de Savigny est obligé de reconnaître la prohibition de changer la cause de sa possession en matière d'*usureceptio*, lorsque le débiteur fiduciaire avait pris à bail du créancier la chose qu'il lui avait remise en gage. Au fur et à mesure que la bonne foi prit une plus large place dans la théorie de la possession, l'importance pratique de notre règle alla toujours en décroissant, et c'est ainsi que, malgré sa généralité primitive, nous ne la trouvons plus formulée que dans quelques textes du Digeste. — Ajoutons que la maxime «*nemo sibi....*» est fort ancienne en droit romain, et sa mention dans la loi 3, § 19 (41.2) est précédée de ces mots : «*illud quoque a veteribus præceptum est.* » Le jurisconsulte Paul se contente donc de la répéter tout en reconnaissant en elle un legs de *veteres*. — Remarquons aussi que les textes en discutent le sens sans la restreindre à une hypothèse isolée, et ne lui trouvant plus d'application utile dans sa portée générale, croient devoir écarter les conséquences fausses qu'on pourrait être tenté d'en tirer. Ainsi, le texte qui doit le plus attirer notre attention, puisque c'est lui qui formule la vieille règle, est la loi 3, § 19 précitée; or, placée dans le titre «*de acq vel amit poss.*», elle s'occupe de la possession en général, sans même viser l'hypothèse de l'*usucapio pro herede*. Dans la loi 33, § 1 (41.3), Julien en formule le principe avec une telle étendue qu'il est bien difficile de n'en pas admettre l'utilité générale.

Quoiqu'il en soit, que nous attribuions à l'adage «*nemo sibi....*» telle ou telle origine, il n'en est pas

moins certain qu'il était fréquemment appliqué en matière d'usucapion *pro herede*. La loi 2, § 2 (*pro her.*) en contient un exemple. Une chose a été livrée à titre de donation par un père à son fils en puissance; le fils de famille n'a pu devenir propriétaire de l'objet donné, il n'en avait que la *possessio naturalis*; cela suffisait, soutenait Servius, pour faire obstacle après la mort du père à l'acquisition de la propriété par usucapion *pro herede*, soit pour la totalité si le fils donataire était exhéredé, soit pour la part de ses cohéritiers s'il était institué pour partie (1).

2^e DÉROGATION. — L'usucapion s'accomplit par un an pour les meubles, par deux ans pour les immeubles; lorsqu'il s'agit d'une hérédité, une seule année suffit, même à l'égard des immeubles qui peuvent s'y trouver compris. Gaius (II, § 54) nous indique le motif de ce délai unique. La loi des XII Tables disait d'une manière générale que les fonds de terre (*res soli*) s'usucapaient par deux ans, et les autres choses (*cæteræ res*) par un an. L'hérédité n'étant pas une *res soli* rentrait dans les *cæteræ res*; logiquement,

(1) Dans le dernier état du droit romain, alors que les cas d'usucapion sans bonne foi étaient tombés en désuétude, notre règle perdit l'importance pratique que nous lui connaissons. Nous la trouvons cependant appliquée par les jurisconsultes postérieurs au S. C. d'Adrien pour interdire l'usucapion quand la possession avait commencé en vertu d'un titre qui n'était pas reconnu par la loi. Ainsi la donation était prohibée entre époux; elle ne pouvait, en principe, fonder un titre apte à conduire à l'usucapion (*L. 1, § 2, D. pro don.*) Quand la possession de trente ans, même de mauvaise foi, fut considérée comme un moyen, sinon d'acquérir la propriété, du moins de repousser la revendication du propriétaire, notre règle dut être appliquée pour empêcher le simple détenteur, le fermier par exemple, de se prévaloir de sa possession pour invoquer la *præscriptio longissimi temporis*. C'est d'ailleurs l'utilité que présente cette maxime dans le droit moderne où la prescription est devenue un moyen d'acquérir la propriété. (Voir les art. 2236 et suiv. du C. civ.)

l'usucapion *pro herede* devait s'accomplir par la possession d'un an.

3^e DÉROGATION. — L'usucapion repose sur la possession prolongée pendant un certain temps ; ne sont donc susceptibles d'être usucapées que les choses susceptibles de possession ; or, d'après la fausse conception des jurisconsultes de l'époque classique, les choses incorporelles ne pouvaient être possédées. La faculté d'usucaper une hérédité, chose essentiellement incorporelle, est donc faite pour nous étonner. Y a-t-il là une véritable dérogation aux principes généraux, ou n'est-ce pas plutôt le reflet d'une ancienne théorie qui, comprenant comme les modernes la possession d'un droit, aurait admis l'usucapion des choses incorporelles ? Il est certain qu'à l'époque classique, les servitudes, droits incorporels, ne pouvaient être usucapées et cependant les Romains permettaient à l'origine l'acquisition des servitudes prédiales par voie d'usucapion (*L. 4, § 29, D, 41, 3*). Quant aux hérédités, il est non moins certain que, primitivement, elles purent être l'objet d'une possession véritable et même d'une possession suffisante pour conduire à l'usucapion (*Gaius. — II, § 54*). Partant de ces constatations, M. ESMEIN (*Revue générale du Droit, 1883, p. 135*) pense qu'à l'origine la théorie de la possession était assez grossière ; pour acquérir par un laps de temps, il n'était pas besoin d'une possession véritable ayant tous les caractères qu'elle dut présenter dans la suite ; il suffisait d'une simple jouissance, de l'*usus* (*étymologie du mot usu-capere*) qui a d'ailleurs précédé le mot classique de *possessio*. L'emploi successif de termes différents semble indiquer un changement dans la conception de chacun d'eux. Par cela seul qu'on usait d'une servitude, qu'on se comportait

comme héritier pendant un certain temps, on était conduit à l'acquisition du droit lui-même. Ce fut seulement plus tard, quand les jurisconsultes se firent une idée toute différente de la possession, que la *loi Scribonia*, consacrant législativement les nouveaux principes, interdit l'usucapion des servitudes, et que fut prohibée d'une façon générale la possession des choses incorporelles.

Une théorie plus récente formulée par M. Cuq (*Du Testament per æs et libram. - Nouvelle revue historique*, 1886, p. 542.) explique d'une autre façon l'ancienne *possessio rerum hereditarium*. Cet auteur donne en effet à l'hérédité primitive une notion toute différente de celle que nous présentent les jurisconsultes de l'époque classique. L'ancien droit romain n'aurait point admis l'idée de la personnalité juridique se continuant dans la personne de l'héritier; l'hérédité n'aurait pas eu le caractère abstrait d'une unité collective, ensemble de droits actifs et passifs; elle n'aurait été dans le principe que la réunion des choses corporelles ayant appartenu à un chef de famille décédé; elle n'aurait compris ni créances ni dettes. Ce n'aurait été qu'au ⁱⁱe siècle de notre ère que la notion d'hérédité, telle que nous la comprenons aujourd'hui, aurait trouvé sa formule scientifique (1). Si l'on admet avec M. Cuq ce point de départ, on s'explique facilement l'ancienne usucapion d'une

(1) On fut longtemps avant d'admettre qu'une hérédité pût se composer uniquement de créances; au ⁱⁱⁱe siècle, Papinien prend encore la peine de faire remarquer que "*hereditas, etiam sine ullo corpore, juris intellectum habet*" (*L. 50 pr., D., 5, 3*); Ulpien nous montre que cette théorie pouvait encore de son temps être l'objet d'une discussion puisque ne se contentant pas d'avancer la proposition, il invoque l'autorité de Labéon pour soutenir qu'on peut demander la *bonorum possessio* bien que "*nihil corporale est in hereditate*" (*L. 3, § 1, D., 37, 1*).

hérédité qui, n'étant pas une conception abstraite distincte des *res hereditariae* qui la composent, mais bien une simple collection des choses corporelles, pouvait être elle-même possédée, comme chacun des objets qu'elle comprenait.

4° DÉROGATION. — Enfin, l'usucapion *pro herede*, déjà si pleine de singularités, nous présente une dernière anomalie qui doit appeler notre attention. Nous savons qu'un tiers quelconque en s'emparant des biens héréditaires pouvait acquérir la succession entière, fût-il de mauvaise foi. Or, la morale ne reçoit-elle pas une grave atteinte et les principes de droit ne sont-ils pas battus en brèche ? Cet usurpateur ne commet-il pas une *contrectatio rei fraudulosa* et par suite un *furtum* ?

En ce qui concerne le reproche d'immoralité que l'on peut adresser à notre institution, il est singulièrement diminué, si l'on se reporte à ce qui devait se passer dans la Rome primitive. « Dans un état fort restreint, dans une petite ville, comme l'était la Rome des premiers temps, lorsqu'une succession reste vacante, il y a gros à parier qu'elle est mauvaise, sans quoi il se présenterait plutôt deux héritiers qu'un seul. Dans ces conditions, un parent, un ami, prend le soin pieux d'offrir les sacrifices d'usage sur la tombe du défunt, il assure ainsi le repos de son âme ; et pour que sa mémoire soit respectée, il paye les créanciers ; pour y arriver, il cultive les terres, liquide l'actif réalisable, en un mot, il se comporte en héritier, au vu et au su de tous ses concitoyens. Le plus souvent il devra y mettre du sien. Pourtant si, par hasard, grâce à ses soins peut-être, cette succession dont personne ne voulait se liquider par un excédent, admettra-t-on les héritiers qui se sont abstenus

lorsqu'ils croyaient l'hérédité mauvaise, qui ont laissé en souffrance l'âme et la mémoire du défunt, à venir longtemps après réclamer à l'ami dévoué le reliquat inespéré de la liquidation dont il a eu toutes les peines? La morale protesterait. » (*Appleton — Histoire de la propriété prétorienne. T. I. — Ch. XV — p. 283.*) D'autre part, il est fort probable qu'en pratique l'*usucapio pro herede* devait profiter, non pas à des inconnus complètement étrangers au défunt, mais bien à ceux qui vivaient avec lui, à des cognats par exemple, qui n'avaient, de par la loi civile, aucun droit à l'hérédité.

Mais, objectera-t-on, lorsqu'un individu qui n'est pas héritier, et qui le sait, s'empare d'un bien héréditaire, il s'approprie la chose d'autrui; le droit romain inventa la fiction célèbre « *hereditas personam sustinet* », il existe une personnalité propriétaire des biens de la succession; dès lors, celui qui, de mauvaise foi, s'en empare commet un *furtum*, il y a bien là une *contrectatio rei alienæ fraudulosa*. Ou bien l'usurpateur continuant à posséder la chose pendant une année en acquiert la propriété incommutable, et la loi consacre un *furtum*, ou bien l'héritier véritable fait adition avant l'expiration du délai, il devient propriétaire de tous les objets héréditaires, et par suite il a le droit d'intenter contre le tiers détenteur de mauvaise foi non seulement l'action persécutoire de la chose, mais encore l'action *furti*, d'où résulte une condamnation au double ou au quadruple, et qui entraîne l'infamie.

Sans doute, nous serions amenés à ces conséquences rigoureuses des principes, si nous perdions de vue les motifs qui, dans les premiers siècles, firent introduire l'*usucapio pro herede*. La loi désire

que toute personne ait un héritier, qu'au besoin une personne quelconque se mette en possession des biens, sa récompense sera l'attribution de la succession. Or, si avant l'expiration de l'année, on pouvait être poursuivi par l'action *furti*, personne n'oserait plus usucaper *pro herede*, et les *sacra privata* du défunt resteraient abandonnés. Pour parer à cet inconvénient, il était nécessaire de déclarer qu'il n'y avait pas vol relativement aux objets compris dans une succession vacante. D'où la règle : « *Furtum hereditati non fit.* » Gaius (III. 201) la rappelle, et plus tard, Paul (L. 6. — D. — 47. 10) répète encore : « *Rei hereditariæ furtum non fit, sicut nec ejus quæ sine domino est.* » Notre institution a un but social élevé, et, pour arriver à ce but, la loi déroge aux règles rigoureuses du droit; elle déclare, malgré la personnalité que représente l'hérédité jacente, que les *res hereditariæ* sont des *res nullius* dont on peut s'emparer sans commettre de vol, « *nam res hereditariæ antequàm aliquis heres exstat, nullius in bonis sunt.* » (L. 1 pr. — D. — 1, 8). Mais, peut-on nous objecter, si l'hérédité est *res nullius*, l'acquisition de la propriété devra s'effectuer aussitôt après l'occupation; on peut, dès lors, se demander pourquoi le législateur aurait imposé le délai d'une année au possesseur d'une hérédité pour arriver à l'usucapion. Nous pouvons répondre qu'il s'agit de donner un successeur au défunt; ce successeur auquel incombera la charge souvent fort lourde des *sacra* et des dettes, doit manifester son intention de les accepter; ce sera par une possession continuée pendant un certain temps que sa volonté apparaîtra; pendant une année il aura pu apprécier toute l'étendue des charges inhérentes à l'acquisition des choses héréditaires.

Plus tard, le culte des *sacra* tomba en désuétude, l'*usucapio pro herede* ne présenta plus la même importance sociale et religieuse; néanmoins l'institution était trop profondément enracinée dans les mœurs pour qu'on songeât à l'abroger. Et cependant Rome, la petite ville dont nous parlions plus haut, était devenue un vaste empire; une succession opulente pouvait, par suite de l'éloignement des héritiers, devenir la proie des usurpateurs. Alors, cette usucapion mérita le titre d'*improba* que lui décerna Gaius. Nous verrons que la jurisprudence en restreignit alors la portée; ce ne fut plus le titre héréditaire lui-même qui fut usucapé, mais seulement les *res hereditariæ*; notre règle « *hereditati furtum non fit* » ne fut point abandonnée, on déclara même que l'usucapion était possible, même après l'adition du véritable héritier qui devait, pour l'empêcher, se mettre en possession réelle. On ne prit pas garde qu'il y avait là une véritable anomalie juridique : on pouvait, jusqu'à la prise de possession, s'emparer, sans commettre un *furtum*, des choses héréditaires, parce qu'elles étaient *res nullius*, et cependant, aussitôt après l'adition, elles avaient un maître, l'héritier.

Les considérations qui précèdent nous permettent de donner l'explication d'une loi célèbre d'Ulpien, (L. 1, § 15 — D — 47.4) sur laquelle nous aurons, d'ailleurs, à revenir. Le jurisconsulte parle du *furtum possessionis*; à Rome, on distinguait nettement le *furtum rei* du *furtum possessionis* et du *furtum usus* qui étaient des délits spéciaux; or, nous dit Ulpien après Scævola, il ne peut y avoir vol d'une possession s'il n'y a pas de possesseur; en cas d'hérédité vacante, on ne peut commettre ce *furtum*, car on ne peut dire que l'hérédité possède, puisqu'elle ne

réalise pas le fait matériel et l'intention qui sont nécessaires pour que la possession naisse et subsiste. D'un autre côté, la possession de l'héritier ne commence que du jour où elle devient effective, du jour où il appréhende les biens de la succession, car alors il prend l'hérédité telle qu'elle se trouve, il ne peut y puiser une possession qu'elle même n'avait pas. Donc, soit à l'égard de l'hérédité, soit à l'égard de l'héritier, on ne commet pas de *furtum possessionis*, parce qu'aucun d'eux ne possède.

Lorsqu'Ulpien nous dit que l'hérédité ne possède jamais, il faut limiter cette proposition sous peine de la voir contredite par des textes formels. En effet, l'héritier peut ajouter sa possession personnelle à celle de son auteur pour usucaper un objet possédé par le défunt et compter le temps pendant lequel la succession a été vacante; bien mieux, il peut se faire que l'usucapion se trouve accomplie avant l'adition et profite à l'héritier. (L. 40 — D — 41.3.) Puisque l'hérédité jacente peut usucaper, elle peut donc posséder, comme elle peut être propriétaire, *hereditas personam sustinet*. Les motifs d'ordre religieux et social que nous avons assignés comme étant la base de la règle « *hereditati furtum non fit* » expliquent cette contradiction apparente : vis à vis de l'usucapant les biens héréditaires sont considérés comme *res nullius*, à son égard, l'hérédité ne possède pas. Mais là s'arrête l'exception : à l'égard de tous autres, l'hérédité jacente a une véritable personnalité qui lui permet d'avoir des droits, d'être propriétaire ou possesseur.

En résumé, nous pouvons admettre le criterium suivant : toutes les fois qu'un tiers s'empare des biens héréditaires en se comportant comme héritier, il ne

commet pas de *furtum*; en sens inverse, quand apparaît l'intention contraire, les principes généraux reprennent leur empire. Ainsi, le *decujus* a donné un gage à l'un de ses créanciers; c'est là un bien de la succession; un tiers s'en empare, indépendamment du droit appartenant au créancier dépouillé de sa garantie, l'action de vol compètera à l'héritier lorsqu'il aura fait adition. La même solution doit être admise si un bien héréditaire avait été prêté à commodat ou grevé d'un usufruit. (LL. 68, 69 et 70 — D — 47.2.) Le motif est que l'usurpateur ne s'est pas comporté en héritier : un continuateur de la personne doit en effet respecter les actes de son auteur, et, par suite, les contrats de *pignus* ou de *commodatum* consentis par lui. Au contraire, Nératius déclare qu'on ne commet aucun vol en s'emparant des biens d'une personne encore vivante, mais que l'on croit morte, et en les possédant *pro herede* (L. 83 — D — 47.2), ce résultat bizarre s'explique fort bien par notre criterium ; cette impunité se justifie par la faveur dont jouissait à l'origine l'*usucapio pro herede*.

Une autre théorie a voulu expliquer d'une façon différente la règle « *hereditati furtum non fit.* » Pour nous, celui qui s'empare des biens héréditaires ne commet pas de vol, parce que ces biens sont *res nullius*. D'autres auteurs, et parmi eux M. Accarias, disent : Il n'y a pas *furtum*, parce que, seules, sont susceptibles de vol, les choses qui ont un possesseur; or, nous savons que l'hérédité en matière d'usucapion *pro herede* ne possède pas. Deux textes sont invoqués à l'appui de cette opinion. Le premier est la loi d'Ulpien que nous avons expliquée plus haut (L. 1 § 15 — D — 47. 4), mais à laquelle on donne une

autre interprétation. Le jurisconsulte s'exprime ainsi : « *Scævoia ait possessionis furtum fieri; denique si nullus sit possessor furtum negat fieri.* » Nos adversaires traduisent : « Scævola dit que le furtum porte sur la possession, donc à défaut de possesseur, il n'y a pas vol. » C'est bien la confirmation de la règle qui exige la possession de la chose comme un des éléments essentiels du *furtum*.

Nous ne saurions admettre cette solution; nous lisons le texte de la manière suivante : « Scævola dit qu'il existe un *furtum possessionis* (1), donc à défaut de possesseur, un pareil vol ne peut être commis. » Cette interprétation exclut la règle que formulerait la première traduction, règle qui est d'ailleurs contredite par des textes formels : ainsi un prisonnier de guerre ne possède pas, et cependant, s'il revient à Rome, il pourra intenter l'action *furti* contre celui qui s'est emparé de ses biens pendant sa captivité (L. 41 — D — 47. 2). Dans une tempête, des objets qui en composent la cargaison, sont jetés à la mer pour alléger le navire; le propriétaire n'a plus la possession, et cependant celui qui s'en empare s'expose aux peines du vol (L. 9, § 8 — D — 41. 1).

Ce texte écarté, on en invoque un second sur lequel nous aurons à revenir par la suite. Il est possible, sans commettre de vol, dit Gaius (III. § 201), d'usurper des choses appartenant à autrui (*res alienas*), par exemple (*veluti*) des choses héréditaires dont l'héritier, autre que l'héritier nécessaire, n'a pas encore pris possession, *nec creditur furtum fieri*. Puisqu'il faut la prise de possession par l'héritier

(1) C'est celui qui commet le propriétaire lui-même, par exemple lorsqu'il enlève une chose à quelqu'un qui la possède et qui est intéressé à conserver cette possession, par exemple un créancier gagiste non payé, ou un acquéreur de bonne foi.

pour empêcher l'usucapion, on en conclut que jusqu'à il est permis, sans vol, de s'emparer des biens successoraux parce qu'ils ne sont pas encore possédés. Le texte de Gaius n'a pas toute la portée qu'on lui prête : le jurisconsulte n'a certainement pas eu l'intention d'énoncer une condition essentielle à tout *furtum*, sans quoi il se fût exprimé autrement : les expressions « *nec creditur furtum fieri* » semblent indiquer qu'après hésitation on écarta le vol dans notre matière pour favoriser l'usucapion *pro herede*, et en effet, Cicéron (Epistol. ad. div. — VII, 22) nous apprend que cette doctrine avait soulevé anciennement les protestations de trois jurisconsultes. Le mot « *veluti* » suppose un exemple donné et non l'existence d'une condition essentielle. D'ailleurs, le texte interprété, comme le font nos adversaires, prouverait beaucoup trop et se retournerait contre eux-mêmes ; voici le résultat auquel on aboutirait : il n'y a pas vol dans le cas où il existe un héritier externe qui n'a pas pris possession parce que les choses héréditaires ne sont pas encore possédées ; s'il y a vol en présence d'un héritier nécessaire, c'est que la chose est possédée avant l'appréhension matérielle, donc il y a possession de *plein droit* des biens du défunt. Ce raisonnement conduit fatalement à proclamer la saisine héréditaire en droit romain. Or, nous verrons plus loin que la théorie de la saisine romaine est fausse ; elle est précisément combattue par la plupart des auteurs qui invoquent contre nous le texte précité de Gaius. Nous sommes donc fondés à conclure que la règle « *furtum hereditati non fit* » provient, non pas du prétendu principe qu'on ne peut voler des choses non possédées, mais du caractère de *res nullius* accordé aux choses héréditaires, caractère que lit

proclamer la faveur dont était entourée l'*usucapio pro herede* en raison des services que cette institution rendait au culte et à la société; et Gaius lui-même vient confirmer notre solution lorsqu'il déclare qu'il n'y a point *furtum* tant que l'usucapion *pro herede* est encore possible.

CHAPITRE III

Développement historique de l'usucapion « pro herede »

Dans l'histoire de l'usucapion *pro herede*, il faut distinguer trois phases.

Au début, c'est l'hérédité elle-même qui est usucapée. Plus tard, au lieu de conférer le titre d'héritier au possesseur, celui-ci n'acquiert que la propriété des choses corporelles héréditaires sur lesquelles la possession avait porté. Enfin, dans la troisième période, l'usucapion, même accomplie, peut être révoquée en faveur de l'héritier véritable.

Occupons-nous des deux premières phases, nous réservant d'étudier la dernière à la fin de ce travail.

1^{re} PÉRIODE. — L'objet de l'acquisition par usucapion était à l'origine l'hérédité elle-même considérée comme *universitas*. Quiconque a possédé, pendant un an, les biens héréditaires, devient un véritable héritier (Gaius — II — § 54). On acquiert par conséquent non seulement les choses corporelles possédées, mais aussi les autres choses corporelles non usucapées par d'autres personnes, et les créances. Ce résultat s'imposait, étant donné le but de l'institution.

Il fallait un héritier pour empêcher l'interruption du culte domestique et donner un débiteur aux créanciers héréditaires. L'*usucapio pro herede* était un moyen énergique employé pour arriver à ce double but. Il est nécessaire qu'il y ait un héritier, et par héritier il faut entendre un héritier volontaire, astreint à faire un acte pour être investi de la succession. D'où l'on doit conclure que l'usucapion n'a pas lieu en présence d'un héritier nécessaire (Gaius—III—§ 201—II—§ 58) qui *sive velit sive nolit* est forcément héritier sans avoir besoin de faire adition; dans ce dernier cas, le culte des *sacra* n'est pas interrompu et les créanciers ont devant eux un débiteur qu'ils peuvent poursuivre.

Devenant héritier, l'usucapant *pro herede* bénéficiait des avantages attachés à ce titre, mais il devait en supporter les charges. Il pouvait se faire que plusieurs personnes aient usucapé *pro herede*; dans ce cas, chacune d'elles était héritière dans la mesure même où elle avait usucapé; elle était soumise dans la même proportion à toutes les dettes du défunt. Si une seule personne se présentait pour usucaper, n'eût-elle possédé qu'un seul objet héréditaire, elle était déclarée héritière pour le tout.

2^e PÉRIODE. — Avec le temps, les raisons qui avaient fait édicter notre institution disparurent; les *sacra privata* parurent inutiles et gênants, ils tombèrent en désuétude, l'intérêt religieux qui en était la base fondamentale fit ainsi défaut. Le préteur autorisa les créanciers à vendre le patrimoine de leur débiteur mort sans héritier; la création de la *bonorum venditio* faisait disparaître presque tout l'intérêt que pouvaient avoir les créanciers à trouver en face d'eux un continuateur de la personne du *decurus*. Enfin,

pour augmenter les ressources de l'Empire, les lois caducaires attribuèrent au fisc les *bona vacantia*; à partir de cette époque, on se montra moins empressé à prévenir les déshérences.

Dès lors, l'usucapion *pro herede* ne répondant plus aux besoins réels qui avaient motivé sa création, aurait dû disparaître; il eût été d'autant plus logique de la supprimer qu'elle était en contradiction flagrante avec la doctrine nouvelle, envisageant l'hérédité comme une *universitas juris* distincte des objets qu'elle comprend, et rejetant absolument la possession des choses incorporelles. Mais les Romains étaient essentiellement conservateurs de leurs vieilles institutions; l'usucapion *pro herede* était entrée dans les mœurs, on se contenta de la transformer. Remarquons que ce ne fut pas une disposition législative qui en restreignit les effets, mais bien une simple interprétation de la Jurisprudence, et les mots de Gaius : « *postea creditum est hereditates usucapi non posse* », nous autorisent à le penser.

Dans cette seconde période l'*usucapio pro herede*, au lieu de conférer le titre d'héritier, permit seulement d'acquérir la propriété de chacune des choses corporelles héréditaires sur lesquelles la possession avait porté. Dès lors, les droits et les devoirs de l'usucapant furent modifiés. Dans sa portée primitive, l'usucapion *pro herede*, qui faisait succéder à une universalité, entraînait la charge des obligations héréditaires. Quand elle ne constitua plus qu'un mode d'acquérir à titre particulier, cette conséquence dut disparaître. Cette institution n'était plus qu'une façon de dépouiller l'héritier, sans qu'il y eût profit pour les créanciers ni pour la religion. Tout était bénéfice pour le successeur particulier qui, comme tel, n'était tenu que de

respecter les droits réels grevant l'objet usucapé (1). Dès lors, l'usucapion *pro herede* méritait bien les épithètes de « *lucrativa et improba* » que lui décerne Gaius; elle est *lucrativa*, car elle enrichit le patrimoine sans compensation; elle est *improba* puisque, pouvant profiter à la mauvaise foi, elle ne répond à aucun besoin réel (2).

Une particularité, qui démontre la force de la routine à Rome, est la conservation du délai annal qui régissait l'usucapion *pro herede*. Devenue un mode d'acquisition des *res hereditariæ ut singulæ*, elle aurait dû s'effectuer par une ou deux années, suivant qu'il s'agissait de meubles ou d'immeubles. Il n'en fut rien; l'annalité était et demeura la règle, Gaius signale cette anomalie (II. § 54).

L'institution ainsi transformée avait cependant conservé une certaine utilité. Elle faisait acquérir en fort peu de temps au successeur prétorien le *dominium ex jure Quiritium* sur les biens de la succession. D'autre part, les créanciers pouvaient préférer à la *venditio bonorum* l'existence d'un héritier tenu personnelle-

(1) Il n'en faut cependant pas conclure que l'*usucapio pro herede* ne produisait aucun effet à l'égard des *sacra*. Cicéron, dans son *Traité de Legibus* (II. § 19 à 21) nous donne à cet égard des renseignements curieux. En règle générale, c'est aux héritiers que la continuation des *sacra* était imposée. La jurisprudence des Pontifes modifia ces principes; lors même qu'il y avait des héritiers, elle y soumit celui qui aurait usucapé la plus grande partie des biens héréditaires. Cette décision devait avoir une plus grande importance à l'époque où l'usucapion ne conférait plus le titre d'héritier, mais permettait seulement d'acquérir la propriété des objets possédés.

(2) Peu à peu elle fut même l'objet de la réprobation des honnêtes gens. Cicéron (*de oratore*. II. § 70) nous rapporte que l'avocat Scæurus, qui avait usucapé *pro herede* les biens d'un personnage riche, assistait un jour un accusé. Un enterrement vint à passer et aussitôt l'accusateur d'employer un argument *ad hominem*, que nos mœurs judiciaires trouveraient d'un goût douteux, et de s'écrier : « Scæurus, voilà un mort qu'on emporte, vois donc si tu ne pourrais pas prendre possession de ses biens. »

ment et *in infinitum* des dettes héréditaires. L'usucapion *pro herede* restait un stimulant énergique pour forcer les héritiers externes à faire adition à bref délai.

Il est difficile de préciser l'époque exacte à laquelle remonte la seconde période. Toutefois, la transformation était accomplie à l'époque de Sénèque (*de benef.* VI — 5), et, faute d'en comprendre le sens, ce philosophe critique mal à propos les *acutæ ineptiæ* des jurisconsultes « *qui hereditatem negant usucapi posse, sed ea que in hereditate sunt.* »

Les caractères des deux phases de l'usucapion *pro herede* devaient présenter une autre différence des plus considérables. Si nous envisageons l'institution dans sa première période, il semble que, d'après l'esprit de la loi, l'usucapion devait être écartée, par cela seul qu'il y avait un héritier, indépendamment de toute entrée en possession; nous avons vu qu'il suffisait de se comporter, pendant un an, comme le continuateur de la personne du *decurus*; c'est que le but de la loi était de favoriser une dévolution qui assurait aux mânes du défunt la non interruption de son culte et aux créanciers la présence d'un débiteur; mais dès que ce double résultat était atteint, il n'était plus besoin de favoriser une institution qui, en définitive, pouvait consacrer une usurpation. C'est pourquoi l'*usucapio pro herede* fut prohibée en présence d'un *heres necessarius*. De même, l'intérêt de la religion et celui des créanciers étaient pleinement sauvegardés dès que l'héritier externe avait exercé son droit d'option. D'où nous sommes autorisés à émettre la proposition suivante : tant que ce fut le titre même d'héritier qu'on usucapa, l'usucapion n'était possible qu'autant que le successeur, appelé par

la loi ou par le testament, n'avait pas fait adition. Pour se garantir contre les conséquences de l'usucapion *pro herede*, l'héritier externe n'avait qu'à faire adition. Dans la 2^e période, il est certain qu'il ne suffit plus qu'il y ait adition de l'héritier volontaire pour empêcher l'usucapion, il faut encore une prise de possession des biens héréditaires. Quand on n'acquiert plus que les biens *ut singuli*, l'adition, acte juridique, ne pouvait transmettre la possession sans prise du *corpus* ; tant que l'héritier, même ayant accepté, ne s'est pas matériellement emparé de chacun des objets héréditaires, les tiers pouvaient les usucaper.

Cette différence entre les deux phases de l'institution nous est révélée par le texte de Gaius qui se sert d'expressions marquant une antithèse bien tranchée. Parlant de l'usucapion primitive, le jurisconsulte nous dit (II. § 52) « *Voluerunt veteres maturius hereditates adiri* », c'est pour hâter l'adition que l'usucapion est permise, d'où, par *a contrario*, pas d'usucapion possible quand l'adition a eu lieu. Dans le § 55, Gaius parlant de l'institution transformée, ajoute : « *Veluti si rem hereditariam ejus possessionem heres nondum nactus est, aliquis possiderit.* »

Avant la prise de possession par l'héritier et malgré l'adition, un tiers pouvait s'emparer d'un bien héréditaire et s'il continuait sa possession pendant une année, même pour un immeuble, il en acquérait la propriété incommutable ; mais avant l'expiration du délai annal, l'héritier pouvait empêcher l'usucapion de s'accomplir ; il avait à sa disposition deux moyens : la *petitio hereditatis* et l'interdit *quorum bonorum*.

La *petitio hereditatis* ne compète qu'aux héritiers du droit civil qui n'ont pas la possession ; le demandeur doit établir d'abord qu'il est héritier, puis que

les choses par lui réclamées dépendent de l'hérédité. Cette action ne peut être intentée que contre le possesseur *pro herede* qui, de bonne ou mauvaise foi, à tort ou à raison, se prétend héritier et conteste cette qualité au demandeur, et contre le possesseur *pro possessore* qui ne saurait alléguer aucune cause légitime de sa possession et ne se prétend pas héritier. Le successeur prétorien, *bonorum possessor*, n'avait à l'origine que l'interdit *quorum bonorum* ; plus tard il obtint, avec le fidéicommissaire universel, une pétition d'hérédité utile qui s'appela *possessoria* ou *fideicommissoria*.

L'interdit *quorum bonorum*, interdit *adipiscendæ possessionis*, est accordé aux *bonorum possessores* qu'ils joignent ou non à cette qualité celle d'héritiers civils. Il s'exerce contre les possesseurs *pro herede* et *pro possessore* ; mais à la différence de la *petitio hereditatis* qui faisait succéder à la propriété quiritaire du défunt, et, par voie de conséquence, procurait la possession des objets héréditaires, l'interdit n'avait qu'un but direct, rendre possesseur d'une chose qu'on n'a pas encore possédée, réservant tout débat ultérieur sur le fond du droit par la voie pétitoire ; le *bonorum possessor* pouvait donc, en l'intendant, se faire mettre en possession d'une *res hereditaria* dont un tiers s'était emparé et empêcher ainsi l'usucapion de s'accomplir.

CHAPITRE IV

Conditions requises pour usucaper « pro herede »

Ces conditions peuvent être ramenées à quatre :

1^o Il faut qu'il s'agisse de *res hereditariæ* ;

2^o Il faut que l'usucapant ait *factio testamenti* avec le défunt ;

3^o Il faut que l'usucapant ait, avant toute autre personne, pris possession, comme succédant au *deujus* ;

4^o Il faut que l'héritier soit externe.

Examinons ces quatre conditions, en ayant soin d'indiquer ce qu'elles offrent de particulier, suivant que nous nous plaçons dans la 1^{re} ou dans la 2^e phase de l'institution.

1^{re} CONDITION. — IL FAUT QU'IL S'AGISSE DE RES HEREDITARIE, en d'autres termes, il faut que la personne dont les biens vont être usucapés soit décédée.

Cette condition était imposée par les motifs mêmes de l'usucapion *pro herede* ; on veut éviter l'interruption des *sacra* et protéger les créanciers en leur donnant un débiteur ; pour concevoir la nécessité d'un continuateur de la personne, il faut supposer que cette personne eoit décédée. Plus tard, quand l'usucapion ne porta plus sur le titre d'héritier, mais seule-

ment sur les *res ut singulæ*, on comprit encore l'exigence de cette condition, l'*usucapio pro herede* étant un mode translatif de propriété à cause de mort. D'ailleurs dans cette 2^e période, l'utilité dominante était de forcer les héritiers à se mettre promptement en possession des choses héréditaires, cette utilité ne peut se concevoir qu'en présence d'une succession déjà ouverte.

Il fallait que le propriétaire fut décédé : « *Pro herede ex vivi bonis nihil usucapi potest etiamsi possessor mortui rem fuisse existimaverit* », dit la loi 1 (D — 41,5) (L. 3 — C — 7, 29).

De même on ne pouvait usucaper *pro herede* lorsque les biens possédés n'étaient pas héréditaires, encore qu'ils aient été possédés par le défunt au jour de sa mort. Supposons un individu quelconque, s'emparant d'une chose dont le *deujus* n'était pas propriétaire, il ne pourra usucaper *pro herede*, car il ne s'agit pas d'une *res hereditaria* ; un titre particulier, conforme aux règles ordinaires, sera nécessaire pour usucaper la chose dont il s'est emparé ; et le plus souvent l'usucapion sera impossible en l'absence de bonne foi. Supposons en deuxième lieu qu'il s'agisse d'un héritier véritable ou de celui qui, ayant possédé des *res hereditariæ*, a acquis la qualité d'héritier ; il s'est emparé de choses dont le *deujus* n'était pas propriétaire, mais qui se trouvaient dans la succession à l'époque du décès ; l'usucapion est-elle possible ? Il ne peut évidemment s'agir d'usucapion *pro herede*, mais bien d'une usucapion à un autre titre. Il faut appliquer les principes généraux en matière d'*accessio possessionum*.

Dès lors de deux choses l'une : ou le défunt était lui-même *in causâ usucapiendi*, auquel cas je pourrai

toujours, même en l'absence de bonne foi dans ma personne, usucaper au titre qu'aurait pu invoquer mon auteur; ou bien il s'agit de choses sur lesquelles le défunt n'avait qu'une simple possession ne remplissant pas les conditions voulues pour usucaper; dans ce cas, je ne pourrai jamais usucaper, parce que je succède aux vices de mon auteur, et ce, malgré ma croyance que les objets par moi appréhendés font partie de la succession. (L. 4. — C. — 7, 29). C'est à cette hypothèse que se réfère la loi 1 (C. h. t.); il s'agit d'esclaves détenus à titre précaire par le défunt; il y a là un vice qui met l'héritier dans l'impossibilité absolue de les usucaper.

Cette théorie semble cependant contredite par la loi 3 (*D. pro her.*); ce texte suppose un héritier possédant une chose qu'il croit, à tort, faire partie de la succession; Pomponius nous dit que la propriété peut être acquise par usucapion : « *Plerique putaverunt, si heres sim, et putem rem aliquam ex hereditate esse, quæ non sit, posse me usucapere.* » La place de cette loi au titre « *Pro herede* », pourrait faire croire qu'il s'agit d'une *usucapio pro herede*; il n'en est rien, et c'est ce qui nous permet de lever la contradiction apparente des textes. L'héritier usucapera, mais d'après les règles ordinaires de l'usucapion. Nous avons supposé qu'il s'agissait de choses que le défunt avait déjà commencé à posséder; dans la loi 3, au contraire, le jurisconsulte se place dans l'hypothèse d'un héritier qui s'empare d'une *res aliena* que le *decurus* n'a jamais possédée; il en prend possession, la croyant *res hereditaria*, s'imaginant, par exemple, que la chose a été donnée à son auteur ou achetée par lui; il y a là un juste titre putatif qui lui permettra d'usucaper, son erreur étant excusable

dans l'espèce. Remarquons, d'ailleurs, que les mots « *plerique putaverunt* » font précisément allusion à l'existence d'une controverse sur le point de savoir si le titre putatif pouvait être considéré comme l'équivalent d'un titre réel. Dans notre hypothèse, l'héritier usucapera, mais comme il n'a pas de titre réel, il usucapera *pro suo*. Nous pouvons conclure que l'usucapion *pro herede* ne faisait acquérir que des choses héréditaires à des personnes autres que l'héritier véritable; ce dernier ne pouvait invoquer, à l'égard de toutes autres choses, que l'usucapion de droit commun.

2^e CONDITION. — L'USUCAPANT DOIT AVOIR « *FAC-TIO TESTAMENTI* » AVEC LE « *DECUJUS* ». — Le but même de l'usucapion *pro herede*, la continuation de la personne du *decujus*, appelait nécessairement cette condition. Mais plus tard, quand l'usucapion ne porta plus que sur les *res hereditariæ*, la routine seule la conserva, comme elle conservait, d'ailleurs, l'institution elle-même.

On peut se demander si les personnes ayant *factio testamenti*, mais privées du *jus capiendi*, pouvaient usucaper *pro herede*. La loi Junia Norbana privait de ce droit le latin junien; les lois caducaires le refusaient aux *cælibes* et partiellement aux *orbi* et aux *patres solitarii*. Des auteurs ont invoqué la loi 4 (D. — h. t.), laquelle est ainsi conçue : « *Constat eum, qui testamenti factionem habet, pro herede usucapere posse.* » Ce texte qui ne parle que de la *testamenti factio* est tiré d'un commentaire de Paul sur les lois Julia et Papia, c'est-à-dire sur les lois caducaires; d'où l'on peut conclure que le jurisconsulte voulait indiquer que pour être capable d'usucaper, le *jus capiendi* n'était pas exigé. Cet argument n'est pas très

probant, étant donné que la phrase sur laquelle il repose, n'est qu'un fragment dont on ignore la suite; rien ne prouve qu'elle n'était pas suivie d'une restriction touchant les *incapaces*. Aussi, nous sommes obligé de reconnaître que nous ne pouvons guère apporter en cette matière que des conjectures rendant difficile la solution de notre question.

La possibilité d'usucaper *pro herede* était également refusée à l'esclave. Dans la première période, où le titre même d'héritier était acquis, on peut facilement expliquer cette prohibition, même à l'égard de l'esclave dont le maître aurait eu *factio testamenti* avec le défunt. (L. 4, § 4. — 41.3.) D'après les principes généraux, le *servus* acquiert pour son maître, même à son insu ou contre son gré; mais en matière d'hérédité, les dettes forment une charge inséparable de l'actif, et nul ne peut être obligé, malgré soi, par le fait des personnes placées sous sa puissance. De la combinaison de ces deux idées, il ressort que l'addition d'hérédité, comme tout autre moyen de l'acquérir *per universitatem*, pour profiter au maître comme pour le lier, doit être faite sur son ordre, et cet ordre doit être spécial. Donc, si l'esclave appréhendait des objets héréditaires *jussu domini*, il pouvait procurer le bénéfice de l'usucapion *pro herede* à son maître; mais s'il accomplissait cet acte de son propre chef, il ne pouvait réaliser une acquisition de cette nature. Quand l'usucapion ne porta plus que sur les *res ut singulæ*, ce motif n'existait plus; néanmoins l'esclave resta incapable, *inscio domino*, d'usucaper *pro herede*. C'est que l'usucapion suppose essentiellement la possession chez l'usucapant; or, par application de la règle qui exige un *animus* personnel chez le possesseur, il faut que le maître con-

naissance l'appréhension de la chose par son esclave; d'où la conséquence que l'usucapion ne commence, s'il y a lieu, que du jour où cette connaissance est acquise. Cependant, cette condition cesse, dans le cas où les personnes placées en notre puissance se trouvent à la tête d'un pécule; elles nous font acquérir la possession, même à notre insu, toutes les fois qu'elles appréhendent une chose *ex causâ peculiari*, parce que, dans ce cas, nous empruntons l'*animus* de notre esclave. Mais, cette exception ne saurait s'appliquer dans notre espèce : en effet, le pécule ne devait s'accroître que des choses possédées *ex justâ causâ* (L. 24.— D. 41.2), caractère absolument incompatible avec l'usucapion *pro herede*, qualifiée d'*improba* par Gaius.

3^e CONDITION. — L'USUCAPANT DOIT, AVANT TOUTE AUTRE PERSONNE, PRENDRE POSSESSION, COMME SUCCÉDANT AU « DECUJUS ». — Pour bien comprendre les motifs et la portée de cette troisième condition, il est nécessaire de distinguer diverses hypothèses qui peuvent se présenter et d'étudier, pour chacune d'elles, la situation de l'usucapant dans les différentes périodes de notre institution.

1^{re} HYPOTHÈSE. — C'est le cas normal : une hérédité est vacante, un tiers s'empare d'objets héréditaires dont nul n'a encore pris possession. J'ai expliqué pour quels motifs il n'était pas exposé aux peines du *furtum*. Il pourra, selon les époques, usucaper le titre d'héritier ou simplement les *res* prises en particulier. Ce n'est vrai, toutefois, que sous le bénéfice de certaines restrictions que nous aurons à étudier plus loin, soit en ce qui concerne l'héritier nécessaire, soit même, dans la première période, en ce qui touche l'héritier externe.

2° HYPOTHÈSE. — Après le décès du propriétaire, un tiers qui veut usucaper s'est emparé d'une chose héréditaire; ce tiers, à son tour, se voit dépouillé par une autre personne. L'*usucapio pro herede* est rendue impossible, au profit de cette dernière, par la condition que nous venons d'indiquer : le nouveau possesseur ne peut usucaper, parce qu'à son égard la *res* devient *furtiva* pour les meubles, *vi possessa* pour les immeubles. (L. 4, § 24. — D. — 41.2.) Mais est-ce à dire que le tiers dépossédé, qui serait arrivé à la propriété sans l'usurpation dont il a été victime, n'a aucun moyen pour recouvrer la possession perdue? Bien que dépouillé injustement, il ne peut intenter l'*actio furti*, car, nous dit Javolenus (L. 71, § 1 — D. — 47.2), elle ne compète qu'à la personne ayant un intérêt à ce que la chose ne soit pas soustraite, et l'intérêt s'entend du cas où l'on subit une perte, et non de celui où l'on ne réalise pas un bénéfice. D'ailleurs, l'action *furti* n'est pas donnée au possesseur de mauvaise foi. (L. 12, § 1. — D. — 47.2.) De même les actions *vi bonorum raptorum* (L. 2, § 22. — D. — 47.8) et *ad exhibendum* (L. 3, § 11. — D. — 40.4), sont également refusées, car elles ne protègent pas les intérêts dont la cause n'est pas honnête (1). Le possesseur primitif aura comme ressource l'interdit *utrubi*, s'il s'agit de meubles (L. 1. — D. — 42.31); s'il a été expulsé d'un immeuble, il possède l'interdit *uti possidetis* (Gaius, IV.— § 150), ou même l'*unde vi*, si la possession de l'immeuble a été violemment enlevée. (L. 11 et 20. — D. — 43.16.) Une fois rentré en possession de la

(1) Remarquons toutefois que l'héritier, qui ne pouvait intenter les actions *furti* et *vi bonorum raptorum* contre le possesseur primitif parce qu'il usucapait *pro herede*, pourra le faire contre le tiers second possesseur.

chose, il pourra usucaper *pro herede*, malgré l'interruption de la possession.

3^e HYPOTHÈSE. — Après le décès du *deujus*, l'héritier véritable externe s'est mis en possession des biens héréditaires. — Désormais l'usucapion est rendue impossible (Gaius — II § 52 — III § 201); donc un tiers qui s'emparerait des biens commettrait un *furtum*. Nous avons développé plus haut les raisons qui nous ont fait penser que cette solution ne fut pas toujours admise en droit romain. Il est presque certain qu'à l'origine même de l'*usucapio pro herede*, à une époque où le but poursuivi était la continuation de la personne du défunt, l'usucapion devenait impossible dès que ce but était atteint, c'est-à-dire après l'adition d'hérédité sans qu'on se préoccupât si l'héritier était ou non entré en possession. Mais nous avons vu que l'institution s'est transformée et que l'adition ne suffit plus, il fallut encore la prise de possession par l'héritier véritable pour empêcher les tiers d'usucaper.

Nous trouvons un exemple de cette nouvelle règle dans la loi 29 (D.- 4l. 3.) Le jurisconsulte suppose un héritier unique, s'imaginant n'être institué que *pro parte*, et qui livre à son prétendu cohéritier des choses faisant partie de la succession. Ce dernier, même de bonne foi, ne pourra usucaper, parce que l'hérédité a d'abord été possédée par le véritable héritier qui pourra intenter la *petitio hereditatis*. Toutefois, si c'est en vertu d'une transaction que cette tradition a eu lieu, l'usucapion deviendra possible, mais elle se fera au titre *pro transactione*, par application des principes généraux.

Pomponius, dans l'hypothèse que nous venons d'indiquer, écarte l'usucapion *pro herede* et donne à

L'héritier la pétition d'hérédité ; mais il semble que le prétendu cohéritier a dû acquérir la propriété des choses livrées, du jour où la remise de la possession lui a été faite par erreur par le *verus dominus* ; dès lors, la *condictio indebiti* devrait seule être possible. Dans une situation analogue, Paul (L. 36 in fine — 10. 2) n'hésite pas à admettre cette dernière solution : il s'agit d'un héritier unique ayant spontanément procédé au partage des biens héréditaires avec celui qu'il considérait à tort comme son cohéritier ; il a la *condictio indebiti*. Il est facile de concilier les deux textes. Dans cette dernière loi, le jurisconsulte suppose un partage effectué, « *si dividerint res* », or à Rome, le partage était translatif de propriété, l'héritier véritable en abandonnant à l'autre partie sa prétendue part de la succession a bien eu la volonté de le rendre propriétaire, et cet effet s'est produit par la tradition. Au contraire, dans la loi 29, il ne s'agit pas d'un partage ; l'héritier ne livre que *pro parte* les *res hereditarias* ; il n'y a donc qu'une simple copossession établie ; les parties continuent à rester dans l'indivision ; par suite, il n'y a pas translation de propriété parce qu'il n'y a pas eu chez le *tradens* intention de produire ce résultat.

4° HYPOTHÈSE. — Avant le décès du propriétaire, la chose était possédée, ou tout au moins détenue, par celui qui prétend usucaper *pro herede*. Nous avons expliqué plus haut comment l'usucapion était prohibée par la règle : « *Nemo sibi causam possessionis mutare potest.* »

5° HYPOTHÈSE. — La chose était possédée par un tiers du vivant du *decurus*, par exemple elle avait été prêtée ou donné en gage, ou bien elle était entre les mains d'un usufruitier ; après le décès du *decurus* une

personne quelconque s'en empare. L'usucapion est encore impossible, car il y a *furtum*, et l'action *furti* pouvait être donnée, à la fois, au possesseur et à l'héritier (L. L. 68, 69, 70 — 47,2.)

4^e CONDITION. — IL FAUT QUE L'HÉRITIÉR SOIT EXTERNE. — Jusqu'en 1874, époque à laquelle M. Studemund a publié une édition du manuscrit de Gaius en se conformant à la nouvelle lecture qu'il en avait faite, on admettait la distinction suivante entre les diverses catégories d'héritier : s'agissait-il d'un héritier sien et nécessaire, l'*usucapio pro herede* n'était jamais possible ; la loi 2 au Code (7. 29) le déclarait formellement, « *nihil pro herede posse usucapi, suis heredibus extantibus, magis obtinuit.* » Au contraire, on décidait que l'usucapion était permise en présence d'un héritier simplement nécessaire ; on s'appuyait sur deux textes de Gaius (II. § 58 — III § 201). Quant à l'héritier externe, il ne faisait obstacle à l'usucapion que s'il avait fait adition et, à l'époque classique, s'il s'était mis en possession des biens héréditaires.

Etant données ces solutions universellement admises, les auteurs cherchaient à les expliquer ; de là des controverses nombreuses sur lesquelles nous ne voulons pas nous arrêter (1). Pour justifier la différence entre les héritiers siens et les héritiers nécessaires, on avait fait appel aux motifs les plus divers.

La revision du manuscrit de Gaius par M. Studemund a jeté un jour tout nouveau sur cette partie de

(1) Elles sont très complètement exposées dans une brochure de M. Dubois, professeur à la Faculté de droit de Nancy, (*de la saisine héréditaire en droit romain.*)

notre étude(1) et a complètement modifié la théorie de l'*usucapio pro herede* telle qu'elle était reçue avant 1874. On peut aujourd'hui poser en principe que l'usucapion *pro herede* n'était permise qu'en présence d'un héritier externe; elle était prohibée quand le défunt laissait un *suus* ou avait institué son esclave comme héritier nécessaire.

Ces solutions étant actuellement admises comme certaines, essayons d'en donner une explication:

1° Tout d'abord, quand il s'agit d'héritiers siens, on comprend très facilement l'impossibilité d'usucaper; elle était imposée par le but même de l'institution. Les Romains craignaient avant tout l'abandon du culte domestique. Or, ce résultat ne pouvait se produire lorsque le *decurus* avait laissé un *suus*; celui-ci continuait la personne de son père sans aucune interruption, et il ne pouvait se soustraire aux devoirs religieux qui lui incombaient. Dès lors, l'usucapion n'avait aucune raison d'être; elle devait même être repoussée, car elle aurait eu pour conséquence de

(1) Avant 1874, les § 58 (C^{re} II) et 201 (C^{re} III) de Gaius étaient lus de la façon suivante: "*Et necessario tamen herede extante ipso jure pro herede usucapi potest. — Veluti res hereditarias quarum heres non est nactus possessionem, licet necessarius heres extet, nam necessario herede extante placuit ut pro herede usucapi posset.*" Les mots "*licet*" et "*ut*", avaient été intercalés par les commentateurs mais ne se trouvaient point sur le manuscrit. Depuis la nouvelle lecture de Studemund, il est aujourd'hui certain que, dans le § 58, entre les mots "*extante*" et "*ipso jure*", existe un N barré; dans le § 201, le même signe existe entre les mots "*possessionem*" et "*necessarius*", d'une part, entre "*placuit*" et "*pro herede*", d'autre part. Or, pour les paléographes, l'N barré que l'on rencontre souvent dans les manuscrits est employé pour "*nihil*" ou "*nisi*". Ces négations introduites dans le texte de Gaius lui donnent un sens tout nouveau et modifient complètement la théorie jusqu'alors admise de l'usucapion *pro herede*. Aujourd'hui les passages qui nous occupent sont lus de la façon suivante: "*Et necessario tamen herede extante nihil ipso jure pro herede usucapi potest. — Veluti res hereditarias quarum heres non est nactus possessionem, nisi necessarius heres extet, nam necessario herede extante placuit nihil pro herede usucapi posse.*"

faire passer dans une famille étrangère le culte des ancêtres, ce qui n'était admis que comme *ultimum remedium*.

2° Quand le *decurus* a laissé un héritier simplement nécessaire, la même solution dût être admise. On sait que le testateur insolvable, en instituant son esclave, avait pour but d'éviter pour lui-même l'infamie qui résulterait de la *venditio bonorum*; l'esclave, héritier *sive velit sive nolit*, continuait le culte, et la vente se faisait en son nom. Très vraisemblablement cet usage d'instituer un *heres necessarius* ne fut pas connu dans le droit romain primitif, à l'époque où l'usucapion *pro herede* était encore dans sa première phase; les anciens Romains ne durent pas se servir du testament pour rejeter sur un esclave les conséquences de leur insolvabilité. Dans le testament *per æs et libram*, tant que le *familiæ emptor* fut l'héritier lui-même, un esclave ne put évidemment jouer ce rôle; on peut en conclure que l'institution de l'*heres necessarius* remontait seulement à une époque où l'usucapion *pro herede* ne faisait plus acquérir le titre même d'héritier, mais simplement des *res ut singulæ*. Dès lors, il était de l'intérêt général que cette usucapion fut écartée en présence d'héritiers nécessaires; d'abord l'analogie entre le *suus* et le *necessarius* était frappante, la continuation de la personne se faisait sans interruption, le culte domestique n'était pas éteint; d'autre part, il était avantageux pour les créanciers qu'un tiers quelconque ne pût usucaper des objets de la succession et détourner ainsi à son profit une partie de leur gage qu'ils pouvaient réaliser en poursuivant l'esclave.

3° Lorsque le *decurus* a laissé des héritiers externes, il est certain que l'usucapion était toujours possible,

tant que l'adition n'avait pas été faite; c'est même dans cette hypothèse que nous nous sommes placés pour expliquer l'utilité de notre institution. Tant que l'institué n'a pas manifesté son intention d'accepter, l'hérédité est *res nullius*, et tout le monde peut l'usucaper. Mais du jour où l'adition a eu lieu, la qualité d'héritier est imprimée sur la tête de l'institué, la continuation des *sacra* est assurée, et les créanciers ont un débiteur à poursuivre. Aussi est-il permis de penser qu'à l'origine, par cela seul qu'il y avait un héritier investi par l'adition, encore qu'il ne fut pas entré en possession, l'usucapion ne pouvait plus commencer. Mais tel n'est plus le droit classique : Gaius nous apprend que l'usucapion était toujours possible en présence d'un héritier externe, même après l'adition, tant que l'héritier ne s'était pas mis en possession des biens héréditaires. Cette solution peut paraître étrange; en somme l'héritier externe par l'adition est investi irrévocablement de la succession au même titre que l'héritier sien et nécessaire par le décès du *deujus*; pourquoi cette différence entre les deux catégories d'héritiers? pourquoi exiger cette prise de possession par l'héritier externe?

Une théorie fort ingénieuse proposée par M. Dubois (*la Saisine héréditaire en droit romain*), essaie d'expliquer ce point obscur de notre institution. D'après le savant professeur de Nancy, l'impossibilité d'usucaper en présence des héritiers siens et nécessaires et des héritiers nécessaires, s'explique dans les deux cas par la même raison, savoir, parce que tout héritier nécessaire acquiert de plein droit, non seulement la propriété, mais encore la possession de toutes les choses comprises dans la succession; en d'autres termes, parce qu'il a la saisine: « Quand l'héritier

externe est devenu propriétaire par adition, cela n'empêche pas l'usucapion; au contraire, par cela seul qu'il y a un héritier nécessaire quelconque, l'usucapion devient impossible. L'obstacle ne saurait provenir d'une différence dans l'acquisition de la propriété puisque l'adition, une fois faite, il n'y a plus de différence sous le rapport de la propriété entre l'héritier externe et l'héritier nécessaire. Il faut donc qu'il y ait une autre cause. Cette cause est la différence dans l'acquisition de la possession. L'héritier externe, même après avoir acquis la propriété par l'adition, peut ne pas avoir acquis en même temps la possession. Si sa présence, et même son adition, ne font pas obstacle à l'usucapion, c'est parce qu'il peut avoir la propriété sans avoir la possession, et que dès lors il peut se faire qu'un autre possède avant lui. Si, à l'inverse, la seule présence d'un seul héritier nécessaire quelconque empêche l'usucapion, c'est parce que la possession lui est acquise de plein droit, en même temps que la propriété, à l'instant même où meurt le *deujus*. » Et voici comment M. Dubois explique la solution qu'il propose : « On reconnaissait au fils une sorte de *copropriété vivo patre*; c'était une conséquence naturelle de la copropriété de famille. Par cela même, on devait aussi lui reconnaître une sorte de *copossession*. L'époque à laquelle remonte la copropriété de famille est tellement reculée que l'on ne devait pas alors distinguer la propriété de la possession. C'est là une distinction fort exacte, sans doute, mais délicate et raffinée, qui suppose un état de civilisation déjà fort avancé et qui n'a dû, par suite, s'introduire que beaucoup plus tard. La propriété et la possession étant confondues, la *copropriété vivo patre* entraîne forcément la *copossession vivo*

patre... En conséquence, si, par suite de sa copropriété, le fils avait de plein droit à la mort du père la propriété de toute la succession, il fallait bien que, par suite de sa copossession, il en eût de même la possession de plein droit... Pour l'esclave, on comprend qu'il y ait eu plus de difficulté. Sa copropriété *vivo domino* ne va pas de soi et, par suite, sa copossession non plus. Toutefois, après hésitation on y arriva. C'était d'ailleurs ce que voulait la logique; l'esclave acquérant de plein droit la propriété de toute la succession, il était logique qu'il en acquit également de plein droit la possession. »

L'impossibilité d'usucaper *pro herede*, lorsqu'il y a des héritiers siens, a dû être admise comme incontestable par tous les jurisconsultes romains, et, dès les temps les plus reculés, la théorie de la saisine aurait été reçue par tous sans discussion. Pour le démontrer, M. Dubois est obligé de corriger les textes qui, tels qu'ils nous sont parvenus, semblent être en opposition avec sa théorie. Il ajoute le mot « *suo* » au commencement du § 58 (C^{re} II de Gaius) qui serait ainsi conçu : « *Suo et necessario tamen herede extante nihil pro herede usucapi potest.* » Or, cette rédaction démontre l'absence de toute controverse. Il est vrai que la loi 2 au Code par les mots « *magis obtinuit* » semble révéler qu'il y eut des hésitations, même en présence d'héritiers siens, mais M. Dubois supprime purement et simplement le mot « *magis* » qu'il croit avoir été inséré par les copistes. Enfin, le mot « *placuit* » (Gaius, III, § 201) montre bien qu'il y eut des difficultés pour admettre la théorie de la saisine héréditaire en présence d'héritiers simplement nécessaires (1).

(1) Les corrections que M. Dubois apporte aux textes ne paraissent pas justifiées, et prétendre qu'une loi a été interpolée par les

La thèse de M. Dubois est aujourd'hui presque universellement repoussée. Tout d'abord, il peut sembler étrange que l'existence d'une théorie, aussi grosse de conséquences que celle de la saisine héréditaire, ne nous ait point été révélée par les jurisconsultes romains; or, non seulement aucun texte n'y fait allusion, mais elle se heurte même à des solutions formellement admises par certains textes. Ainsi, le prêteur accorde l'interdit *quorum bonorum* aux héritiers siens (Gaius — III, § 33) et cependant cette procédure n'appartient qu'à celui qui n'est pas encore en possession de l'hérédité, à l'exclusion de tous autres, même de l'héritier, qui ayant d'abord possédé aurait ensuite perdu la possession des choses héréditaires (L. 1, § 1. — D. — 43.2) (Gaius. — III, § 34. — IV, § 144); l'interdit serait donc inutile à un héritier saisi.

copistes est un moyen trop facile d'en modifier le sens. Il est d'ailleurs possible d'expliquer les textes précités sans admettre l'hypothèse d'une interpolation. Les mots "*magis obtinuit*," de la loi 2 qui déclare l'usucapion impossible en présence d'un héritier sien, supposent bien l'existence d'une controverse, mais elle n'a pris naissance qu'assez tard; peut-être après Gaius, puisque ce jurisconsulte n'en parle pas; en tout cas, il s'agit d'une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien qui vivaient à une époque où l'*usucapio pro herede* avait changé d'objet, où elle ne faisait plus acquérir le titre d'héritier. Il sembla étrange qu'on pût usucaper une chose dépendant de la succession à laquelle était appelé un héritier externe, alors qu'un résultat semblable était prohibé lorsqu'il y avait un héritier sien; de là, une controverse sur le point de savoir si cette ancienne règle devait être maintenue; mais la persistance de la coutume et la répulsion pour l'*usucapion lucrativa* firent conserver l'impossibilité de l'*usucapio pro herede* en présence d'un héritier sien. Déjà, même avant Gaius, des hésitations s'étaient produites lorsque la succession était dévolue à un héritier simplement nécessaire. Ce mot "*placuit*," du § 201 montre en effet que des opinions divergentes s'étaient fait jour: le sénatus consulte d'Adrien, que nous étudierons plus loin, permettait à l'héritier d'intenter la pétition d'hérédité contre celui qui avait usucapé un bien héréditaire, dès lors l'*usucapio pro herede* ne pouvait préjudicier à l'esclave, héritier nécessaire, et l'on s'était demandé s'il ne convenait pas de supprimer la règle édictant l'impossibilité d'usucaper en présence d'un *heres necessarius*; néanmoins elle avait été maintenue.

L'argument principal de M. Dubois consiste à voir dans la copropriété familiale l'origine d'une copossession; mais si nous trouvons l'idée d'une copropriété lorsqu'il s'agit d'un *suus*, il n'en est plus de même à l'égard d'un *heres necessarius*. L'esclave qui est une chose, sans devoir et sans droit, ne peut pas et n'a jamais pu avoir, *vivo domino*, la copropriété des biens de son maître; l'argument disparaît donc complètement pour expliquer la saisine des héritiers simplement nécessaires.

La théorie de la saisine héréditaire se heurte d'ailleurs à une objection sans réplique : c'est que tout héritier nécessaire ne peut acquérir de plein droit, et au moment même du décès, que les droits acquis plus tard par l'héritier externe au moyen de l'addition, c'est-à-dire ce qui est dans l'hérédité; or, la possession n'est pas dans l'hérédité (L. 1, § 15, - D - 47.4).

« La fragile argumentation de M. Dubois ne résiste donc pas à la critique. Fût-elle plus solide, elle se briserait contre les textes les plus formels, par exemple contre les dispositions de la Loi 30 § 5 (D - 41.2) : « *Quod per colonum possideo, heres meus, nisi ipse nactus possessionem, non poterit possidere; retinere enim animo possessionem possumus, adipisci non possumus.* » Pour acquérir la possession des biens héréditaires, tout héritier doit avoir l'*animus domini*; il doit, en outre, appréhender ces biens. Telle est la règle; nulle part il n'y est fait exception, pas même au profit de l'héritier nécessaire. » (1).

La thèse soutenue par M. Dubois étant écartée, il faut reconnaître qu'il est assez difficile de donner une explication satisfaisante de la différence entre les hé-

(1) J. BRISSAUD. — *Note sur l'origine de la Saisine héréditaire.*
— *Revue générale du droit* — 1886. p. 255.

ritiers nécessaires et les héritiers externes qui ont fait adition. Pourquoi exige-t-on, à l'égard de ces derniers, une prise de possession des choses héréditaires ? Jusqu'à ce que la découverte de nouveaux textes permette de donner sur ce point une théorie à l'abri de toute critique, nous en sommes réduits aux seules conjectures. M. Accarias (4^e édition, p. 613, à la note) donne l'explication suivante qui, tout au moins, a pour elle le mérite de la vraisemblance : « Peut-être fut-on frappé de la différence qu'il y avait entre les deux situations suivantes : un tiers avait pris possession d'une chose héréditaire alors que l'hérédité était vacante ; il continuait d'usucaper notwithstanding l'adition ; un autre ne prenait possession qu'après l'adition faite, l'usucapion lui était interdite. Cette différence, facile à justifier autrefois, n'avait plus de raison d'être depuis que l'usucapion *pro herede* s'appliquait seulement aux biens de l'hérédité et non à l'hérédité elle-même ; on la fit disparaître. Cela étant, une logique rigoureuse eut admis l'usucapion des choses héréditaires non encore possédées par l'héritier nécessaire, et cette logique trouva même quelques partisans, mais elle ne prévalut pas, soit parce qu'elle était contraire à l'équité, soit aussi, plus encore peut-être, parce qu'il n'avait jamais été question d'une usucapion *pro herede* accomplie en présence et au détriment d'un héritier nécessaire. »

CHAPITRE V.

Troisième période de l'usucapion « *pro herede*. » Elle tombe en désuétude.

Avec le temps, les *sacra privata* avaient été abandonnés; les créanciers avaient un moyen de se faire payer en agissant directement sur les biens du débiteur par la *bonorum venditio*; l'usucapant *pro herede* acquérant la propriété des *res hereditariæ ut singulæ*, devenait un simple successeur à titre particulier, dispensé du paiement des dettes, il avait, dès lors, tous les bénéfices sans supporter les charges. C'est alors que notre institution, perpétuée par les idées conservatrices des Romains, méritait vraiment les épithètes de *lucrativa* et d'*improba* que lui décernait Gaius. Aussi, nous allons assister aux efforts que firent les empereurs, non pas pour la supprimer, mais pour en rendre les applications pratiques de plus en plus difficiles.

Un sénatusconsulte, rendu sous Adrien, inaugura une troisième période. Il décida que l'usucapion *pro herede* ne pourrait pas être opposée à l'*heres* et au *bonorum possessor* qui conservaient, nonobstant l'usucapion accomplie, c'est-à-dire après l'année, le droit de réclamer la *res hereditariæ*, le premier par une *petitio hereditatis ficticia*; le second par l'interdit *quorum bonorum*. L'institution était donc paralysée à l'égard de l'héritier.

A partir du sénatusconsulte d'Adrien, celui qui, étant de bonne foi, c'est-à-dire se croyant réellement héritier, s'est emparé d'une *res hereditaria* peut-il l'usucaper ? La question est fort discutée. Un premier système soutient l'affirmative. En effet, dit-on, Gaius (III, § 56) appelle l'*usucapio pro herede* « *iurativa* » parce que « *sciens quisque rem alienam lucrifacit.* » Or, le sénatusconsulte (§ 57) n'a en vue que cette *usucapio* dont parle le paragraphe précédent. Il laisse donc intacte l'usucapion accomplie par un possesseur de bonne foi. On ajoute que deux titres du Digeste et du Code s'occupent de l'usucapion *pro herede*. (D. - 41.5. - C. - 7.29) Ceci prouve que, même après Adrien, elle continua à subsister et qu'elle put être invoquée par les possesseurs de bonne foi.

Nous n'admettons pas cette solution et nous préférons le 2^me système qui déclare le sénatusconsulte d'Adrien applicable aussi bien au possesseur de bonne foi qu'à celui de mauvaise foi. Le sénatusconsulte que mentionne Gaius et qui n'est peut-être que le Juventien, rendu lui aussi sous le règne d'Adrien, ne fait, en ce qui concerne l'exercice de la *petitio hereditatis*, aucune distinction entre les deux catégories de possesseurs (1). — Voici un autre argument :

La loi 4 au Code (7.34) dit : « *hereditatem petentibus longi temporis præscriptio nocere non potest.* » Si donc la *longi temporis præscriptio* ne pouvait être opposée à ceux qui revendiquaient une hérédité, *a fortiori* devait-il en être de même de l'usucapion, soumise à des principes plus rigoureux. — On objecte que Gaius nous parle du sénatusconsulte d'Adrien

(1) Remarquons toutefois que le possesseur de mauvaise foi doit restituer ce qu'il a perçu et ce qu'il a négligé de percevoir : le possesseur de bonne foi, au contraire, n'est tenu que jusqu'à concurrence de son enrichissement. (L. 20 § 6 — D — 5. 3).

immédiatement après avoir qualifié de « *lucrativa* » notre institution. Sans doute le langage de Gaius semble favoriser le premier système, mais il ne faut pas oublier que le jurisconsulte voulait avant tout faire remarquer l'anomalie de cette usucapion ouverte même au possesseur de mauvaise foi; il a d'ailleurs donné à l'usucapion *pro herede* l'épithète de *lucrativa*, non pas seulement parce que l'usucapant *sciens rem alienam lucrificiebat*, mais encore parce que cette usucapion s'accomplissait par une année même à l'égard des immeubles. — On invoque contre nous l'existence au Digeste et au Code de deux titres qui parlent de l'*usucapio pro herede* et qui par suite supposent qu'elle avait conservé son utilité longtemps après Adrien. Tout d'abord, de toutes les lois insérées au Digeste et au Code au titre « *pro herede* », aucune ne dit formellement que la *petitio hereditatis* ne peut être dirigée contre le possesseur de bonne foi d'une *res hereditaria*. Mais il y a plus: bien que la *petitio hereditatis* pût, à partir du sénatusconsulte, être dirigée à la fois contre le possesseur de bonne et de mauvaise foi, il ne faudrait pas croire que l'usucapion *pro herede* se trouva par cela même supprimée. Elle conserva des cas d'application qui justifient sa mention dans la compilation de Justinien. Le sénatusconsulte ne s'appliquait que dans les rapports respectifs de l'*heres* ou du *bonorum possessor* et du possesseur de la *res hereditaria*, mais l'usucapion *pro herede* continuait à produire tous ses anciens effets à l'égard des tiers étrangers à l'hérédité. Ainsi l'usucapant était-il en conflit avec une personne autre que le véritable-ayant droit à la succession? il pouvait user de la revendication. Avait-il aliéné après l'usucapion? il restait sans doute

comptable envers l'héritier du prix par lui reçu, mais les tiers qui avaient traité avec celui qui avait acquis la propriété ne pouvaient être inquiétés.

Le sénatusconsulte d'Adrien avait rendu de plus en plus rares les cas d'application de l'usucapion *pro herede* ; un dernier coup allait lui être porté qui devait la rendre très dangereuse ; à partir de cette époque elle fut abrogée en fait sinon en droit.

Un rescrit de Marc-Aurèle créa contre ceux qui s'emparaient frauduleusement de tout ou partie d'une hérédité une poursuite criminelle (*crimen extraordinarium expilatæ hereditatis* (D. 47. 19 — C. 9. 32). Ce moyen de procédure criminelle pouvait avoir lieu dans tous les cas où l'action de vol était refusée en vertu de l'ancienne règle « *furtum hereditati non fit* ». La coutume qui avait fait maintenir l'*usucapio lucrativa* avait été assez forte pour perpétuer cette règle que l'on retrouve encore sous Justinien. Aussi, l'action résultant du *crimen* se donnait-elle toutes les fois qu'on ne pouvait intenter l'action *furti*. (L. 2, § 1. — D. 47. 19).

Il s'agissait d'un *crimen* et l'action qui en résultait revêtait le caractère des poursuites criminelles. Ainsi le *crimen expilatæ hereditatis* était une *cognitio extraordinaria* qui était portée à Rome devant le préfet de la ville, dans les provinces devant le *præses*. De même, l'action née du *crimen* ne pouvait se cumuler avec aucune autre, par exemple, la revendication (L. 3. D. — 47. 19), intentée par un des héritiers ; elle profitait à tous (L. 4. D. — 47. 19). A ce double point de vue, le *crimen* différait de l'action *furti*. Il convient toutefois de remarquer que certaines analogies existaient entre les deux actions. Ainsi, elles ne pouvaient être dirigées contre l'époux survivant par les

héritiers de l'autre époux, en raison de la société ayant existé entre les conjoints (L. 5. D. — 47. 19). Les héritiers devaient alors intenter la revendication, ou bien l'action *ad exhibendum*, si, par dol, l'époux survivant avait cessé de posséder. (L. 4. — C. — *expil. her.*)

A partir de Marc-Aurèle, cette mesure pénale préventive contre tout usurpateur de mauvaise foi d'une *res hereditaria*, porta un coup décisif à la vieille institution de l'usucapion *pro herede*; en fait, celle-ci ne présenta plus d'application qu'en présence d'un usucapant de bonne foi et à l'égard des tiers seulement. Remarquons toutefois qu'à partir de la constitution de Théodore, qui fit prescrire par trente ans toutes les actions tant réelles que personnelles, l'usucapant *pro herede* ne peut être inquiété même par l'héritier véritable qui aurait laissé pendant trente ans l'usucapant en possession. C'était là un correctif, bien faible, il est vrai, aux dispositions du sénatus-consulte d'Adrien.

Ainsi s'effaçait de plus en plus cette antique institution, d'abord si originale, conséquence des idées religieuses de l'ancienne Rome. Elle est à son début d'une importance sociale considérable; mais les services qu'elle rend disparaissent peu à peu; les principes essentiellement conservateurs des Romains s'opposent à son abrogation, on la modifie. Il arrive un moment où elle devient odieuse, on l'appelle « *improba* », mais elle est trop profondément entrée dans les mœurs; sous l'effort des principes généraux du droit, elle est transformée, défigurée; on fait tout pour la rendre inefficace; elle devient d'une application pratique très rare; elle tombe en désuétude, mais elle ne disparaît pas complètement du domaine

du droit, demeurant comme un monument des temps anciens, souvenir ineffaçable des causes puissantes qui l'avaient produite et l'avaient ainsi fait survivre à travers les siècles.

.



DROIT FRANÇAIS

DROIT FRANÇAIS

DES FONDATEURS

DE

SOCIÉTÉS ANONYMES

Les sociétés anonymes présentent des avantages considérables. Elles sont l'instrument des vastes entreprises et des grands travaux.

Nous leur devons nos réseaux de chemins de fer qui répandent dans toutes les régions de notre pays la richesse et la prospérité; nous leur devons la construction de ces canaux qui, reliant deux mers, mettent en communication les contrées les plus lointaines; nous leur devons ces grandes sociétés financières qui donnent au commerce, à l'industrie et même à l'agriculture un essor de plus en plus considérable. Par ce seul mode d'association, des œuvres colossales peuvent trouver une réalisation possible. Elles ne le seraient, ni par la société en nom collectif, forcément limitée à un petit nombre de personnes, et par suite à des capitaux insuffisants, ni même par la commandite, fût-elle constituée par actions, dans la-

quelle l'élément personnel et la responsabilité écrasante qu'il impose aux commandités ne permettent pas d'entreprendre une opération de longue haleine.

D'autre part, la possibilité pour les associés de n'être engagés que jusqu'à concurrence de leur apport facilite la réunion des capitaux en masses proportionnelles à l'importance du but qu'on se propose, alors que rien n'empêche ceux qui les fournissent d'en déterminer et d'en suivre l'emploi.

Ces avantages expliquent le développement chaque jour plus considérable des sociétés anonymes; aussi l'étude des droits et des devoirs des fondateurs dans cette forme de société présente-t-elle un grand intérêt pratique. Ajoutons que de récentes catastrophes financières, et parfois les vastes escroqueries qu'elles ont révélées, donnent une réelle utilité à notre travail dont nous ne nous dissimulons ni l'importance ni la difficulté.

Les auteurs du code de commerce surent apprécier les services immenses que l'industrie et le commerce pouvaient tirer de la société anonyme. Ils posèrent les règles fondamentales de leur constitution. La première de toutes consistait dans l'autorisation préalable du gouvernement. La loi du 23 mai 1863, qui créa les sociétés à responsabilité limitée, modifia sensiblement le régime de l'anonymat établi par le code de commerce. Ces sociétés, dont le capital pouvait atteindre 20 millions, étaient affranchies de la nécessité de l'autorisation gouvernementale, sauf à satisfaire à certaines formalités empruntées à la loi rigoureuse du 17 juillet 1856 sur les commandites par actions. La loi de 1867 concède une liberté plus large à la société anonyme en la dispensant de toute autorisation administrative, mais elle crut devoir réglementer sa formation.

Une des questions les plus controversées au point de vue seulement économique est celle de savoir si le

législateur devait soumettre à des règles spéciales et parfois restrictives la matière des sociétés par actions. La difficulté n'est point encore définitivement résolue, et les meilleurs esprits sont partagés sur la matière.

En 1867, lors de la discussion de la loi qui nous régit encore aujourd'hui, la question fut posée; elle le sera très vraisemblablement encore lorsque viendra en discussion devant la Chambre le projet de loi adopté par le Sénat.

Le rapporteur au corps législatif, lors de la discussion de la loi de 1867, M. Mathieu, a bien retracé tous les inconvénients de la liberté absolue.

« Quand un vendeur et un acheteur se rencontrent, nous dit son rapport (1), on peut s'en remettre exclusivement à eux du soin de débattre librement les conditions du contrat ; il y a deux intérêts privés directement en lutte ; c'est un débat sur des prétentions contradictoires nettement précisées ; la vigilance des deux parties est en éveil ; chacun est éclairé sur les questions à résoudre, et si l'erreur, le dol, ou la fraude, peuvent se glisser dans le contrat et le vicier, c'est là une exception, et la loi ouvre par l'action en nullité ou en rescision, un utile et suffisant recours à la partie lésée. . . » « Mais les sociétés par actions sont loin d'offrir ce caractère. Créations pour ainsi dire artificielles de la loi, agrégations de capitaux sans responsabilité personnelle dans la société anonyme, avec une responsabilité isolée et affaiblie dans la commandite, elles n'offrent, ni aux tiers, ni aux intéressés eux-mêmes, les garanties ordinaires, soit dans leur mode de formation, soit dans leur fonctionnement. »

(1) Tripier, *Comm. de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés* T. I, p. 95 et 96.

« A part les fondateurs, est-ce que les intéressés débattent et discutent les statuts ? Ils le pourraient, sans doute, et le devraient, et s'ils ne le font pas, on peut dire qu'ils sont coupables envers eux-mêmes et n'ont point à s'en prendre à la loi de leur imprévoyance. Mais le législateur ne peut envisager les choses à ce point de vue théorique et absolu. Il doit tenir compte des faits et de l'expérience. Or, l'expérience enseigne que, attirés par un prospectus, les actionnaires souscrivent, et que, du pacte social, ils connaissent une seule chose, le bulletin de souscription au pied duquel ils apposent leur signature. Relativement au pacte de société, ils sont en fait, la plupart du temps, de véritables tiers. »

« Quant aux tiers proprement dits, au public avec lequel la société est destinée à entrer en relations, à négocier, à contracter, sans doute la publicité leur révèle, à l'origine, les conditions dans lesquelles l'être moral, la société entre dans le monde des affaires... Mais ce qui est vrai, c'est que la rapidité et le nombre des affaires, la bonne foi qui en est l'âme, la multiplicité des points sur lesquels la société opère en dehors de son centre, ne permettent pas d'étudier, à l'occasion de chaque opération, les stipulations sociales comme cela se fait lorsqu'on traite avec une femme dotale une affaire isolée. Il est facile de dire : Eh bien, quand on voudra entrer dans une société, ou contracter avec elle, on devra s'informer, se renseigner, examiner s'il y a ou non danger de le faire. La nature des choses résiste à ce qu'il en soit ainsi. » « Ce qui était vrai en 1867, nous dit M. Bozérián dans son rapport au Sénat sur le projet de loi sur les sociétés par actions (1), n'a pas

(1) Rapport fait au Sénat, au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi sur les sociétés par M. J. Bozérián, sénateur. (Journal des sociétés, 1884, p. 745.)

cessé de l'être en 1884; ni les hommes ni les choses n'ont changé. Bien que près de vingt années se soient écoulées depuis cette époque, les actionnaires n'ont pas encore atteint l'âge de la majorité; la plupart sont encore, et seront toujours des mineurs; à ce titre, ils ont droit à la tutelle du législateur; ils ont besoin de la protection de la loi. »

Au contraire, Mourlon s'est prononcé en termes très énergiques et très convaincus pour le principe de la liberté absolue. « Voilà plusieurs siècles, dit-il, que vous attendez que l'homme sache marcher seul pour lui retirer ses lisières; et de votre propre aveu, il est resté ce qu'il était au commencement du monde, impuissant à se conduire sans le secours d'autrui. S'il en est ainsi, c'est qu'apparemment le procédé que vous appliquez à l'instruire est mauvais. Dès lors, pourquoi s'y entêter? On apprend aux hommes à marcher seuls, d'abord en les soutenant bien, bientôt en retirant la main qui leur sert d'appui. Ne les avons-nous point assez longtemps soutenus et dirigés? Retirons notre main, la nature fera le reste. »

Sans entrer dans les détails de cette controverse qui ne touche que d'une façon indirecte à notre sujet, nous n'hésitons pas à nous prononcer contre le principe de la liberté absolue qui n'aurait d'autre résultat dans bien des cas, l'expérience l'a trop cruellement démontré, que de jeter en pâture à des gens sans scrupule, l'épargne, cette base fondamentale de la fortune publique.

Mais en réglementant, il faut éviter l'écueil de l'excès. Il ne faut pas exagérer les formalités et les responsabilités; des formalités trop nombreuses entraveraient la formation des sociétés anonymes et

les bienfaits qu'elles sont appelées à procurer ; des responsabilités trop lourdes éloigneraient les personnes honnêtes, intelligentes et actives, qui hésiteraient à devenir les fondateurs ou les administrateurs d'une société, abandonnant ce soin à des gens moins scrupuleux, et dont la solvabilité douteuse ne donnerait aucune sanction à la responsabilité.

Lorsqu'en 1867, fut élaborée la loi qui consacra la liberté des sociétés anonymes, les efforts des rédacteurs tendirent à établir des formalités suffisantes pour conjurer les dangers de fraudes qui s'étaient manifestées naguère dans les commandites. Ils ne faisaient en cela que suivre l'exemple du législateur de 1856 dont l'unique préoccupation avait été de mettre un terme aux vastes escroqueries qui se commettaient depuis 20 ans sous le couvert de la commandite par actions. Mais la loi de 1867 ne sut pas éviter l'écueil contre lequel toute loi faite pour réprimer un abus risque de tomber, le désir de protéger un intérêt entraînant souvent le sacrifice d'un intérêt contraire et non moins respectable.

Les rédacteurs de la loi de 1856 avaient manifestement dépassé le but ; préoccupés d'atteindre les spéculateurs véreux, ils n'avaient pas pris garde que leurs dispositions rigoureuses portaient atteinte à la sécurité et au développement des sociétés honnêtes. Bien qu'en 1867, le législateur ait mitigé la loi de 1856, il n'a pas su complètement concilier les droits des fondateurs et des administrateurs avec ceux des actionnaires et des tiers, sauvegarder les intérêts des premiers, en faisant respecter ceux des seconds.

« Que n'a-t-on pas dit sur les agissements des fondateurs dans les sociétés anonymes, sur leurs apports majorés d'une façon scandaleuse, sur les avantages

qu'ils s'attribuent hors de toute proportion avec les services qu'ils ont la prétention d'avoir rendus à la société ? Les législations étrangères, comme la nôtre, ont cherché à cet état de choses des remèdes à la fois préventifs et répressifs ; mais la loi française, en particulier, s'est signalée par la sévérité de la répression, au point qu'on peut se demander ce qu'il y a de plus exagéré : des audaces des fondateurs ou des responsabilités qui peuvent les atteindre, lorsque la société vient à être annulée pour vice de constitution » (DELOISON. — *Des fondateurs des sociétés anonymes*, article paru dans la *Gazette des Tribunaux*).

Pour les rédacteurs de la loi de 1867, annuler les sociétés constituées contrairement à leurs prescriptions, en rendre responsables les fondateurs, leur parut légitime et suffisamment clair. Ils posèrent ces règles capitales dans des dispositions vagues et obscures, copiées pour partie sur la loi de 1863 et qui ont donné lieu à des controverses sans nombre, permettant ainsi à la jurisprudence d'aggraver dans des proportions considérables la responsabilité des fondateurs et des administrateurs.

Nous diviserons notre travail en trois chapitres.

Nous étudierons successivement :

1° Les caractères généraux auxquels se reconnaissent les fondateurs ;

2° Leurs devoirs auxquels se rattachera la difficile question de leur responsabilité ;

3° Les droits et les avantages inhérents à cette qualité.

CHAPITRE PREMIER

Caractères généraux des Fondateurs.

Qui est Fondateur ? A quels caractères reconnaitrons-nous à une personne le titre de fondateur ? La question présente un très grand intérêt pratique. Une responsabilité écrasante est attachée à cette qualité ; il importe donc de déterminer avec précision quelles sont parmi les différentes personnes qui jouent un rôle dans la création d'une société anonyme, celles auxquelles devra être attribué le titre de fondateur.

Malgré l'importance de la question, la loi est muette sur ce point. Pour la première fois nous trouvons l'expression «fondateurs» employée par loi de 1856 sur les commandites. Cette loi, rigoureuse entre toutes, rendait, en cas d'annulation de la société pour vice dans sa constitution, solidairement responsables avec les gérants et le conseil de surveillance « Ceux des fondateurs de la société qui avaient fait un apport en nature ou stipulé des avantages particuliers » (Art. 7.) La loi de 1856 parle ainsi des fondateurs sans les définir, et rien dans les travaux préparatoires ne permet de déterminer la portée de ce terme dans l'esprit du législateur.

Dans les lois de 1863 et de 1867, l'article 7 précité de la loi de 1856 n'est pas reproduit. La loi atteint désormais tous ceux, fondateurs ou non, qui ont fait

des apports et ont eu le tort de ne pas les soumettre à l'approbation de l'assemblée générale.

Certains auteurs, en présence des termes de l'art. 7 de la loi de 1856 qui paraissait associer l'idée de fondateur à celle d'apport en nature, s'étaient autrefois demandé si par le seul fait qu'une personne faisait un apport en nature dans une société, elle ne devait pas être considérée comme fondateur ; mais il avait été jugé, avec raison, par la Cour d'Aix (13 août 1860—D. 1860. 2. 223) que celui qui a vendu à la société l'immeuble par elle exploité, ne doit pas, par cela seul, être considéré comme fondateur, alors qu'il est constaté que cet associé est demeuré étranger à la fondation de l'entreprise, et à tous les actes relatifs à la constitution de la société, tels que ceux concernant la forme de l'association, la fixation du capital social, la création des actions, l'organisation des assemblées d'actionnaires, l'appel aux capitaux, leur destination ou leur emploi, et la rédaction des prospectus.

Si les lois de 1863 et de 1867 n'ont pas reproduit le terme «fondateur», en ce qui concerne la responsabilité solidaire en cas de non vérification des apports en nature, elles ont employé plusieurs fois cette expression, soit pour fixer les devoirs qui incombent aux fondateurs, soit pour indiquer leur responsabilité, sanction de ces devoirs.

Mais là encore, nous ne trouvons aucune définition, aucun texte nous permettant de délimiter d'une façon exacte les caractères généraux de cette qualité. Toutefois, nous trouvons de courtes explications dans les travaux préparatoires de la loi 1863, sur les sociétés à responsabilité limitée qui, modelée sur celle de 1856, est inspirée elle-même du même esprit que la loi définitive de 1867.

Dans l'exposé des motifs, le rapporteur, M. Langlais, a exprimé à ce sujet, et en quelques lignes, des idées précieuses pour nous en l'absence de tout autre document législatif sur la matière.

« Dans la pratique, personne ne se méprendra sur les personnes que ce mot désigne. Une société, surtout une société nombreuse, ne se forme pas par le consentement spontané de tous ses membres ; l'idée première appartient toujours à une ou à quelques personnes, qui, après l'avoir mûrie, cherchent à la propager. Elles sollicitent et obtiennent des adhésions ; elles fondent véritablement la société. Le vœu de la loi est que les fondateurs soient des associés. Le premier titre ne peut convenir qu'à ceux qui ont droit au second. Un individu qui, par ses soins, parviendrait à déterminer un certain nombre de capitalistes, de commerçants ou d'industriels, à former une société à laquelle il resterait étranger, ne serait qu'un agent, un intermédiaire ; on ne pourrait lui donner le titre de fondateur, et considérer comme digne de quelque confiance sa déclaration que le capital a été souscrit et que le quart a été versé. » (DUVERGIER. - *Col. des lois*, - 1863, p. 353.)

Les termes de ce rapport nous permettent dès maintenant d'exclure deux catégories de personnes : d'abord ne sont pas fondateurs banquiers, journalistes, ou d'autres intermédiaires qui ont prêté leur concours à la formation de la société en émettant les actions, en faisant de la publicité, etc., mais qui sont restés étrangers à la société ; ils peuvent engager leur responsabilité par leurs agissements personnels, par exemple en lançant des circulaires mensongères, en reproduisant des renseignements inexactes ou incomplets émanant de la société ; ils doivent

alors indemniser les souscripteurs qui prouveront n'avoir été amenés à souscrire que sur la foi de leurs déclaration, mais il s'agit ici de la responsabilité de droit commun de l'article 1382 du Code civil. En deuxième lieu, ne sont pas fondateurs, ceux qui, sans prendre part personnellement aux formalités initiales ou à l'idée première, ont fait apport des immeubles ou autres objets destinés à l'exploitation de la société; ce cas, il est vrai, se présentera peu souvent, car ce sont généralement les créateurs de la société qui font les apports en nature.

En l'absence de toute définition légale, à quels signes doit-on reconnaître la qualité de fondateur? Quelles sont, parmi les personnes qui jouent un rôle plus ou moins actif dans la création de la société, celles qui sont vraiment dignes de ce titre? Pour arriver à le déterminer, il convient d'énumérer brièvement les opérations diverses qui sont le prélude ordinaire de toute société avant sa constitution.

Une société commerciale a pour but une opération dont la mise en œuvre produira les bénéfices qu'il s'agit de réaliser. Ce but à atteindre en est le fondement indispensable. Il s'agit, par exemple, de créer une usine, de faire le trafic de telle ou telle catégorie de marchandises, de se livrer à une industrie, de réaliser des travaux de longue haleine, d'exploiter un fonds de commerce, de mettre en pratique une invention brevetée, une combinaison commerciale nouvelle, etc. Cette idée première de l'objet social est conçue par une ou plusieurs personnes qui, prévoyant la réussite de leur projet, et n'ayant pas par elles-mêmes suffisamment de capitaux pour le réaliser, cherchent à fonder une société anonyme qui seule fournira les moyens nécessaires. L'idée, une

fois conçue, doit être étudiée avec soin pour s'assurer si sa réalisation peut-être considérée comme pratique. En outre, avant de faire appel aux capitaux, il convient de prévoir mille détails qui seront contenus dans les statuts sociaux, et qui constituent la base même du pacte social. Ils sont, en général, résolus par les personnes mêmes qui ont eu l'idée première de la société ; ce sont elles qui discutent, arrêtent et rédigent les statuts.

Quand les moyens d'exécution sont bien définis, il s'agit de les mettre en pratique, de procéder aux actes préliminaires de la constitution même de la société. Il faut négocier avec certaines personnalités dont on a résolu de demander le concours, acquérir certains objets qui paraissent nécessaires à la société comme des immeubles, une usine, des marchandises, des machines, un fonds de commerce, une clientèle, un brevet. Enfin pour réunir les capitaux, il y a lieu de faire la publicité nécessaire pour obtenir des adhésions, et d'ouvrir une souscription, soit directement, soit par l'intermédiaire des banquiers. Puis quand le capital social est intégralement souscrit, il convient de remplir toutes les formalités requises par la loi et sans l'accomplissement desquelles il n'y a pas de société définitivement constituée : déclaration faite devant un notaire de la souscription de la totalité du capital social et du versement par chaque actionnaire du quart au moins sur chaque action par lui souscrite ; convocation des premières assemblées générales chargées de vérifier la sincérité de cette déclaration, d'apprécier les apports en nature et les avantages particuliers stipulés en échange de ces apports, et de les approuver s'il y a lieu, de nommer les premiers administrateurs et les commissaires de sur-

veillance. C'est seulement après leur acceptation que la société est définitivement constituée (art. 25, loi de 1867).

De nombreuses personnes peuvent être appelées à jouer un rôle dans la création de la société ; toutes doivent-elles être qualifiées du titre de fondateurs ? Il est bien évident que si le même individu accomplit la série complète des actes multiples que nous venons d'énumérer, nous ne devons pas hésiter à le considérer comme un fondateur.

Mais la question souvent ne se posera pas avec cette simplicité ; telle personne aura manifesté son concours par un ou plusieurs actes, telle autre sera intervenue dans des opérations différentes, préliminaires de la constitution. Tout d'abord, celui qui a conçu l'idée première de la société, qui en a déterminé l'objet ou le but à atteindre, en est bien le fondateur dans le sens vulgaire du mot, mais la loi lui refuse cette qualité s'il n'a pas participé à la mise en exécution de son projet ; j'irai même plus loin, et je ne considérerai pas comme des fondateurs ceux qui, ayant eu l'idée du but social, l'ayant étudiée et ayant préparé la rédaction des statuts, sans toutefois les signer, se seront arrêtés là, sans révéler autrement leur concours aux tiers et laissant à d'autres le soin de faire appel au public et de procéder aux formalités légales de la constitution. Dans ce cas, ils ont agi plutôt comme conseils ou comme hommes d'affaires. Mais quand, outre ces actes, ils ont manifesté leur concours actif par un autre fait matériel qui les a révélés aux tiers, comme l'apposition de leur signature au bas des statuts, ou la déclaration notariée, ou bien encore la convocation des assemblées constitutives, nous ne devons pas hésiter à leur attribuer le

titre de fondateur. A plus forte raison cette solution devra-t-elle être admise, si à la rédaction des statuts se joignent l'appel au public, l'envoi des prospectus, l'ouverture d'une souscription.

Il y a mieux, je considérerai comme suffisant pour entraîner les responsabilités attachées à cette qualité, le seul fait de s'être proposé au public comme fondateur en lançant les prospectus, en faisant appel aux capitaux et en signant les actions; les tiers souscrivent le plus souvent en raison de la confiance que leur inspirent les personnes dont les noms figurent en tête des prospectus, ils ne doivent pas être induits en erreur par une apparence trompeuse. Toute personne qui se révèle au public comme le créateur de l'entreprise doit en encourir la responsabilité, tel est le criterium que nous adopterons. C'est en vertu du même principe que je qualifierai de fondateurs ceux qui auront apposé leur signature sur la constatation notariée des souscriptions et des versements qu'ils savaient être fictifs, et qui ont en outre convoqué les assemblées constitutives exigées par la loi. La question est plus délicate si l'on impute à une personne uniquement d'avoir fait la déclaration de souscription intégrale et du versement du quart; de bons esprits et certains arrêts décident, à tort selon moi, que cet acte à lui seul ne suffit pas pour entraîner avec lui la qualité de fondateur; nous verrons qu'un fondateur est en réalité un véritable mandataire, il est chargé par les actionnaires de remplir toutes les formalités requises par la loi pour la constitution de la société; celui qui consent à signer la déclaration notariée constate par là même qu'il a vérifié la régularité de la souscription et des versements, il accepte la mission qui lui est confiée et par suite la responsabilité qui y est

attachée; aux yeux des tiers, il a vérifié l'exactitude de sa déclaration, il est véritablement fondateur (1). En résumé, nous considérerons comme fondateurs tous ceux qui ont joué un rôle dans les formalités initiales et constitutives de la société, et qui ont manifesté leur coopération par un acte matériel les révélant aux tiers.

Jurisprudence. — La jurisprudence qui, depuis 1867, tend à exagérer d'une façon excessive la responsabilité des fondateurs et des administrateurs des sociétés anonymes, ne pouvait manquer d'élargir dans les mêmes proportions le cercle des personnes auxquelles incombe la qualité de fondateurs. Cette attitude est due, en grande partie, à l'influence exercée par les faits réagissant sur le droit. En droit, nous avons vu à qui pouvait être donné un titre qui entraîne avec soi, de par la loi même, de lourdes responsabilités. En fait, si l'on parcourt nos recueils périodiques d'arrêts, on est surpris du travail jurisprudentiel qui s'est accompli en ces dernières années sur la question. De l'inextricable conflit des intérêts privés sont nées des espèces variées à l'infini, en présence desquelles le juge a statué *ex æquo et bono*, obéissant à cette phrase du rapporteur de la loi, M. Langlais : « dans la pratique, les tribunaux ne se méprendront pas sur les personnes que le mot de

(1) En Belgique, la question ne fait aucun doute; la loi du 21 mai 1886 sur les sociétés commerciales, considère formellement comme un fondateur celui qui comparaît dans l'acte authentique analogue à notre déclaration notariée.

“ ART. 29. — La constitution d'une société anonyme requiert : 1^o Qu'il y ait ~~soit~~ associés au moins; 2^o Que le capital soit intégralement souscrit; 3^o Que chaque action soit libérée d'un 10^{me} au moins par un versement en numéraire ou apport effectif. L'accomplissement de ces conditions doit être constaté dans un acte authentique.

ART. 30. — *Les comparants aux actes authentiques constitutifs de la société seront considérés comme fondateurs de la Société.*

Fondateur désigne. » Il est juste de reconnaître qu'à défaut d'une définition légale, les juges ont un large pouvoir d'appréciation pour reconnaître si une personne a participé assez activement et assez efficacement à la création d'une société pour mériter le titre de fondateur et encourir la responsabilité qui y est attachée (Cass. Req. 24 juin 1861 — D. 61. 1. 435). Lorsque devant le juge se présentent des actionnaires réclamant leurs fonds perdus par l'annulation ou la mise en faillite d'une société, un sentiment naturel le pousse à attribuer aux fondateurs ou aux administrateurs la responsabilité complète des pertes éprouvées par les actionnaires, à faire peser cette responsabilité sur le plus grand nombre de personnes possible.

Si l'on examine les principales décisions qui ont été rendues sur la question de savoir quand une personne devait être ou non considérée comme fondateur d'une société, il semble au premier abord qu'il y règne une certaine confusion ; sans doute, en raison des circonstances de fait, il paraît difficile de concilier complètement les différentes sentences, et d'établir une ligne précise de démarcation et une définition exacte, mais en rapprochant et en comparant, un résultat apparaît certain, évident : c'est la tendance de plus en plus marquée de la jurisprudence à élargir le cercle des personnes auxquelles doit être attribuée la qualité de fondateurs et à aggraver considérablement leur responsabilité, croyant se conformer aux sentiments et aux intentions du législateur de 1867. Voulant protéger efficacement les tiers et les actionnaires, elle interprète la loi dans son sens le plus rigoureux pour les fondateurs. On doit évidemment tenir compte dans une certaine

mesure des conditions particulières dans lesquelles se trouvent placés les uns et les autres ; il est certain que dans beaucoup de cas, les actionnaires sont sous la dépendance complète des fondateurs, mais il faut bien se garder d'exagérer l'importance de cet élément de fait, et ne point suivre la jurisprudence dans ses tendances rigoureuses aussi contraires au texte de la loi qu'à l'intérêt bien entendu des sociétés.

Examinons les principaux arrêts, et voyons si nous devons en accepter les conclusions.

Tout d'abord, la jurisprudence a statué un grand nombre de fois sur l'hypothèse où la même personne a concouru à tous ou à plusieurs des actes que nous avons énumérés comme précédant la constitution des sociétés.

Un arrêt de la Cour de Paris, du 13 août 1860, maintenu sur pourvoi par arrêt de la Chambre des Requêtes du 24 juin 1861, s'appropriant les termes du rapport fait au corps législatif sur la loi de 1856, a défini le fondateur d'une société « celui qui crée l'entreprise, choisit la forme d'association qui convient à son industrie, fixe le capital de la société, en détermine la durée, crée les actions, organise les assemblées des associés, fait, en son nom personnel, appel aux capitaux, en règle la destination et l'emploi, et dresse dans ses prospectus ces stipulations si variées qui constituent la charte de la société. » (*D. 1860, 2.223*) (*V. en ce sens: Amiens, 13 janvier 1875— D. 77.2.57, et Cass. 19 oct. 1886, D.87. 1. 344*).

D'autres documents de Jurisprudence attribuent la qualité de fondateurs à des personnes qui ont joué un rôle beaucoup moins actif dans la création de la société.

Un jugement du Tribunal de Commerce de Gre-

noble du 3 février 1882 (*J^{al} Soc.* 82 p. 205) décide que cette qualité peut-être attribuée à ceux qui, y ayant intérêt, créent la société, dressent les statuts, et font appel au crédit, lors même qu'ils n'ont signé ni la déclaration de versements, ni la convocation de la première assemblée générale. Un arrêt de Toulouse du 28 novembre 1883. (*Rev. Soc.* 1884. p. 222), considère comme des fondateurs ceux « qui ont concouru à la création de l'entreprise, qui ont pris dans la période même de formation de la société la qualité d'administrateur, qui ont signé les actions, et se sont attribué une action dirigeante dans les opérations initiales et préparatoires. »

D'après la Cour de Lyon (9 février 1883. — *Rev. Soc.* 1883. p. 211), la qualité de fondateur résulterait de ce seul fait que les associés auraient dressé les statuts de la société et déclaré faussement que les actions étaient souscrites et libérées du quart.

La Cour de Douai reconnaît comme fondateurs ceux qui ont simplement conçu l'idée première de la société, en dressant les statuts et en déterminant le mode d'administration. (2 juillet 1879. — *Journal Soc.* p. 21. 1882). Nous ne pouvons qu'approuver toutes ces décisions, en tous points conformes aux principes doctrinaux que nous avons exposés plus haut; dans ces cas, les personnes auxquelles la qualité du fondateur était attribuée, avaient manifesté leur coopération par un acte matériel les révélant au public.

Une question qui fut, pendant quelque temps, controversée dans la jurisprudence, mais qui maintenant est résolue d'une façon définitive par la Cour de Cassation, est celle de savoir quelle importance il convient d'attacher aux derniers actes de la fonda-

tion de la société, à savoir la déclaration de souscription et de versement du quart. A cet égard, une divergence d'opinion s'était manifestée entre la Cour de Paris et la Cour d'Amiens. Cette dernière, dans un arrêt rendu toutes chambres réunies, le 27 juillet 1882 (*Journal Soc.* 1883. p. 170), paraissait considérer cette intervention aux déclarations de versement et de souscription comme une preuve certaine de la qualité de fondateur: « considérant, dit-elle, que la prétention d'attribuer aux susnommés la qualité de fondateurs n'est pas justifiée, qu'ils ne sont en effet intervenus, ni aux déclarations exigées par la loi, ni aux assemblées constitutives de la société. » Au contraire, la Cour de Paris, dans un arrêt du 28 mai 1869 (*D.* 69. 2. 145) avait décidé qu'on ne saurait assimiler aux fondateurs des personnes qui ont apposé leur signature dans l'acte notarié, constatant des souscriptions et des versements fictifs, sauf l'action en responsabilité personnelle qu'elles peuvent avoir encourue: « considérant, dit-elle, qu'on ne doit considérer comme fondateurs que ceux qui créent l'entreprise, dressent les statuts, réunissent les premières assemblées d'actionnaires et font appel aux capitaux; que les défendeurs n'ont jamais fait partie ni les uns ni les autres du conseil d'administration; qu'on leur impute uniquement d'avoir, comme membres de l'assemblée générale, *concouru à la constatation des souscriptions et des versements qu'ils savaient être fictifs, et d'avoir coopéré aux différents actes qui ont été la base de la création de la société*; mais que ces faits, en supposant qu'ils fussent établis, seraient uniquement de nature à justifier une action en dommages-intérêts que le syndic serait sans qualité pour intenter. »

Cet arrêt formule une distinction que nous approuvons; nous la retrouverons même plus loin. Il établit en principe que la responsabilité de l'annulation de la Société peut très bien peser sur une classe de personnes qui, sans être fondateurs, ont concouru sciemment aux vices de la constitution. Dans ce cas la responsabilité n'est plus celle qui est établie par l'art. 42 de la loi 1867. C'est une responsabilité spéciale, restreinte, et quant à ses causes, et quant à son étendue. Quant à ses causes: en effet les irrégularités commises ne leur sont pas imputables, car ces personnes n'ont ni le devoir, ni le pouvoir de les empêcher; il pourrait y avoir dans leurs agissements les éléments constitutifs d'un délit relevant de la police correctionnelle; dans tous les cas, il y aurait une faute appelant la sanction civile consacrée par les art. 1382 et 1383 du Code civil. Quant à son étendue: car ce serait le droit commun qui la déterminerait; dès lors, la réparation ne serait due que selon le dommage causé et seulement à ceux qui auraient été lésés par ce dommage. Cette distinction est absolument fondée, nous l'appliquerons plus loin *aux vulgaires comparses*, c'est-à-dire aux personnes qui sans manifester leur concours actif les révélant aux tiers par un acte matériel, ont cependant aidé frauduleusement à la constitution de la Société en consentant à devenir les complices des fondateurs. Mais dans l'espèce prévue par la Cour de Paris dans son arrêt précité, il convient de remarquer que les personnes auxquelles elle refuse la qualité de fondateur avaient apposé leurs signatures sur l'acte notarié constatant la souscription et les versements, et s'étaient révélées au public par leur coopération

active aux différents actes qui avaient été la base de la création de la société.

La Cour de Paris, persévérant dans sa jurisprudence (27 décembre 1883 — *Gaz. Trib.* 10 janvier 1884), ne voulut pas reconnaître la qualité de fondateur à des personnes qui, sachant que leurs actions n'avaient été libérées ni de la totalité ni du quart, avaient sciemment prêté leurs noms pour aider à constituer frauduleusement la société, et, dans ce but, avaient certifié dans l'acte notarié le versement intégral de leurs actions et pris part, en connaissance de cause, aux délibérations prescrites par la loi pour la vérification de la liste des souscripteurs, la nomination des commissaires et la constitution définitive de la société. Une doctrine analogue se retrouve dans un arrêt de la Cour de Douai du 2 juillet 1879 (*Jal Soc.* 1882. p. 21)

Nous ne saurions approuver cette jurisprudence de la Cour de Paris; nous avons vu plus haut qu'il convenait d'attribuer le titre de fondateur à tous ceux qui ont manifesté leur concours actif à la création de la Société par un acte matériel les révélant aux tiers, comme l'apposition de leur signature dans les actes constitutifs de la société.

La Cour de Cassation, appelée à statuer sur la question, a, dans un arrêt du 10 janvier 1887, (*Civ.* 87 p. 334) donné raison à notre théorie, mais en dépassant le but et en exagérant les responsabilités. C'est à partir de cet arrêt que nous voyons la Cour suprême entrer dans une voie de sévérité excessive où nous ne croyons pas devoir la suivre.

Les décisions qu'elle rend depuis quelques années élargissent d'une façon de plus en plus sensible le cercle des personnes auxquelles incombe la qualité

de fondateur. La Chambre des Requêtes, dans son arrêt du 10 janvier 1887, considère comme fondateurs d'une société anonyme les associés qui, qualifiés fondateurs dans la déclaration notariée, n'ont pas comparu en personne à l'acte constitutif de la société, mais y ont été représentés par un co-associé, leur mandataire qui, tant en son nom personnel, qu'au nom de ses mandants, a déclaré, dans cet acte, contrairement à la vérité, que chacun des actionnaires avait versé le 1/4 au moins de la souscription. Nous approuvons cette décision en ce qu'elle attribue la qualité de fondateur à l'associé, qui, en son nom personnel, a fait la fausse déclaration, mais nous n'irons pas plus loin, et nous ne saurions frapper ceux qui n'ont pas comparu en personne à l'acte notarié, en leur faisant subir les conséquences des fausses déclarations passées en leur nom. Le fait de commettre des agissements illégaux ne saurait être compris dans le mandat, si large qu'on puisse le supposer. Avec cette théorie, on arriverait à un résultat inique : nous verrions des gens qui, sans concourir en personne à l'acte de constitution, auraient été représentés par des mandataires infidèles, et sur qui retomberaient impitoyablement les effets de l'improbité de leurs représentants.

Il me reste, pour terminer l'étude de la Jurisprudence sur notre question, à parler d'un important arrêt de la Chambre des Requêtes du 9 avril 1888. (*Sir.* 88. - 1 - 207.)

La Cour de Cassation, suivant la voie défectueuse que nous avons signalée plus haut, comprend maintenant, dans le cercle des fondateurs responsables, même les hommes de paille qui, sans être véritables promoteurs de l'entreprise et souscripteurs des sta-

tuts, ont consenti à devenir *les comparses* des véritables fondateurs. Voici dans quelles conditions a été statué cet arrêt.

Le syndic de la faillite de la « Société des Agglomérés de l'Océan » a saisi le tribunal de commerce de la Rochelle d'une demande en nullité de ladite société pour défaut de souscription totale et de versement du 1/4, mettant en outre en cause les fondateurs et premiers administrateurs assignés comme solidairement responsables du passif social.

Deux de ces défendeurs, les sieurs *Dayras* et *Fessard*, ont cherché à se soustraire à cette responsabilité, en déclinant la qualité de fondateurs, et en invoquant à cet effet les résultats d'une information criminelle ouverte par le Parquet de la Rochelle et qui avait abouti, spécialement pour eux, à une ordonnance de non lieu, tandis que le Juge d'Instruction avait renvoyé les autres prévenus devant le Tribunal correctionnel qui les avait condamnés. Leurs conclusions furent rejetées par le Tribunal de Commerce et en appel par la Cour de Poitiers (le 26 juillet 1886).

En fait, les défendeurs, sachant que leurs souscriptions étaient fictives et qu'ils n'avaient rien versé, n'avaient pas protesté contre l'affirmation faite, en leur présence, devant le notaire, par les fondateurs de la souscription intégrale du capital social et du versement du quart sur chaque action; ils avaient, *conservant la même attitude devant les déclarations mensongères des fondateurs*, pris part, dans la première assemblée générale, aux délibérations prescrites pour constituer définitivement la société; enfin ayant été nommés vérificateurs des apports en nature, ils avaient sciemment exagéré la valeur desdits apports effectués par les fondateurs.

La Cour de Poitiers décida « que les appelants avaient concouru à la création sciemment irrégulière d'une société qui n'aurait pu se fonder sans leur coopération, et qu'ils devaient être tenus des conséquences de leurs manœuvres dolosives et de leurs coupables réticences ». La Cour de Cassation rejeta le pourvoi, assimilant aux fondateurs « ceux qui, sans être les promoteurs de l'entreprise, se sont associés à leurs agissements, en consentant sciemment à devenir leurs comparses, à jouer le rôle de souscripteurs fondateurs, et en prenant une part active à une œuvre commune de fraude. »

M. Bonfils approuve pleinement cette décision dans son examen doctrinal de la *Revue critique*. (1889, p. 370.)

« A quels signes, dit-il, à quels agissements, « reconnaît-on les fondateurs ?

« La loi est muette. Plusieurs lui reprochent ce « silence, la blâmant de n'avoir pas donné la défini-
« tion du terme fondateur et d'avoir laissé aux
« tribunaux le soin de déterminer dans chaque espèce
« quelles personnes auront mérité cette qualification
« en participant réellement à la fondation de la
« société plus tard annulée. — Nous ne pouvons
« nous associer à cette critique. Outre le danger que
« présente toute définition légale, qui ne saurait
« prévoir et embrasser toutes les hypothèses pos-
« sibles, la frauduleuse ingéniosité des lanceurs
« d'affaires véreuses qui ont tant pullulé de 1879 à
« 1881 et qui ne veut pas tarder à reparaître, saurait
« bien vite trouver l'interstice, la fissure permettant
« d'échapper à la définition légale. A nos yeux, il
« est bon et sage que dans chaque espèce, chaque
« litige, la question de savoir quelles personnes ont,

« par une participation effective, quoique souvent
« dissimulée, réellement concouru à l'organisation
« et à la mise en mouvement d'une société constituée
« au mépris de la loi, soit une question laissée à
« l'appréciation des juges. Ils ne s'en tiendront pas
« au titre dont on s'est affublé, mais au rôle joué.
« Restreindre la qualification de fondateur aux seuls
« promoteurs, réels ou apparents, de l'entreprise, ne
« pas l'appliquer à ceux qui ont sciemment prêté leur
« concours aux agissements frauduleux des premiers,
« qui ont, en connaissance de cause, rempli le rôle
« de comparses, c'est annihiler la sanction légale et
« permettre aux habiles de se dissimuler derrière
« les hommes de paille. Aussi ne pouvons-nous
« qu'approuver l'arrêt rendu le 9 avril 1888 par la
« Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation. »

Nous ne saurions partager l'opinion de M. Bonfils, ni approuver les dernières décisions de la Jurisprudence, et nous nous associons pleinement aux observations présentées par la note suivante publiée dans les *Annales du Droit commercial* (p. 177 — 1888),

« Il nous semblait que la désignation de fondateur devait être réservée aux hommes qui mettent leur signature au bas des projets des statuts, qu'il conviendrait même de l'étendre à ceux qui font la déclaration notariée lorsqu'ils ne se confondent pas avec les premiers, mais qu'on tombait dans l'arbitraire sitôt qu'on élargissait le cercle de manière à y comprendre quiconque s'était porté, sciemment ou non, l'auxiliaire de l'œuvre de constitution. Sans doute les comparses, comme les appelle l'arrêt, peuvent, s'ils sont de mauvaise foi, engager leur responsabilité civile, de même qu'au point de vue pénal, on pourrait à l'occasion les retenir comme complices ; mais c'est alors une res-

ponsabilité limitée à la faute, subordonnée à une preuve de mauvaise foi, impliquant démonstration du dommage pécuniaire causé au demandeur par le fait des manœuvres employées, ce n'est plus la responsabilité exceptionnelle de l'article 42, réservée aux fondateurs. . . . Maintenant voici que ce sort est infligé à des personnes qui avaient tenu un rôle de deuxième plan, simples souscripteurs, sachant, il est vrai, que leurs souscriptions étaient fictives, mais qui s'étaient bornés à assister à la déclaration notariée, à voter dans la première assemblée générale la constitution d'une société qu'ils savaient irrégulière, et à accepter la mission de commissaires vérificateurs pour des apports en nature qu'ils étaient incapables d'expertiser. Rôle peu louable sans doute, mais insuffisant selon nous, pour faire de simples auxiliaires, des fondateurs en titre. Si la Jurisprudence continue à suivre cette voie, elle en viendra à appliquer l'art. 42 à tous les souscripteurs primitifs dont la parfaite loyauté ne sera pas établie. Ce n'est pas ainsi que l'on favorisera l'essor et le développement des sociétés d'actionnaires.»

Engagée dans cette voie extensive, la Jurisprudence a rendu, récemment, un arrêt contre lequel nous devons également protester. Il s'agit d'une société ayant prêté son concours à la formation d'une société annulée. Nous admettons fort bien qu'une société qui a contribué à la fondation d'une autre société soit soumise à la même responsabilité que tout autre fondateur. (*Cass. 10 décembre 1878. - D. 79. 1. 5.*) (*Paris. 10 mai 1875. - D. 75. 2. 240*) (*Paris. 3 août 1867. - D. 68. 2. 11*). Mais, d'après les principes que nous avons posés plus haut, nous exigerons la manifestation du concours actif de la première société

par un fait matériel qui l'a révélée au tiers. C'est ainsi que nous approuverons l'arrêt rendu par la Cour de Cassation le 11 juin 1888 (*Rev. sociétés* 1888. p. 460), par lequel a été déclarée responsable de la nullité une société de crédit qui, chargée de l'émission des actions de la société projetée, moyennant l'attribution d'un certain nombre d'actions et de droits de commission, avait, dans le but de provoquer des souscriptions, rédigé des prospectus contenant des articles de propagande mensongers et frauduleux, convoqué à son siège social les assemblées générales constitutives, et ouvert ses guichets au public. Mais nous n'admettons plus cette solution lorsque la première société s'est simplement associée aux agissements délictueux des fondateurs. La Jurisprudence qui considère comme fondateurs les simples compar-ses a suivi les mêmes errements lorsque par un arrêt du 8 août 1889 (*Rev. Soc.* 1889. p. 573), elle a rendu responsable de la nullité, et par suite condamné à tout le passif social, une société de banque qui, « par ses complaisances coupables et dans un but d'intérêt personnel, a prêté son concours aux manœuvres des fondateurs. » Il s'agissait d'une maison de banque qui avait simplement ouvert des crédits à des souscripteurs; elle s'était engagée pour eux à verser le premier quart, et ce versement n'avait pas été effectué, sciemment, avant la constitution de la société.

La Cour de Cassation a rendu, tout récemment, un arrêt analogue, le 21 novembre 1890, (*Rev. Soc.* 1890, p. 560). Cette solution nous paraît exorbitante. Sans doute un banquier, par ses agissements frauduleux, destinés à provoquer des souscriptions, ou par « ses complaisances coupables » pour les fondateurs,

peut très bien engager sa responsabilité, mais c'est en vertu du droit commun, et non par application de l'art. 42, texte exceptionnel, qui impose une charge écrasante, devant être restreinte aux véritables fondateurs.

En présence de ces décisions, loin de penser comme M. Bonfils, nous ne pouvons que regretter l'oubli commis par le législateur qui, faisant peser sur les fondateurs une responsabilité rendue par la jurisprudence absolument disproportionnée à la faute, s'est abstenu de nous dire qui était le fondateur et qui ne l'était pas. Un titre qui entraîne avec soi de si lourdes responsabilités, aurait dû ne pas être laissé sous une désignation vague à l'appréciation mobile des magistrats.

A travers les mailles d'une disposition incomplète, quelques fondateurs eussent pu échapper aux rigueurs de la loi, et encore aurait-on pu invoquer contre eux les principes de la responsabilité civile ou pénale, mais cet inconvénient eût été beaucoup moins grand qu'un défaut de précision n'assurant ni l'égalité dans la répression, ni la fixité dans les principes.

Nous appelons de tous nos vœux un texte législatif sur cette question, et c'est avec regret que nous avons constaté dans le nouveau projet de loi déjà voté par le Sénat, l'absence de toute définition du mot *Fondateur*.

CHAPITRE II

Devoirs et responsabilité des Fondateurs.

SECTION PREMIÈRE

OBLIGATIONS DES FONDATEURS.

Les devoirs imposés aux fondateurs seront faciles à déterminer lorsque nous aurons précisé leur caractère légal, leur situation juridique au regard de la société qu'ils veulent constituer. Ce sont des mandataires : cela peut sembler étrange, car nous voyons ordinairement le mandat précéder les opérations du mandataire; ici, au contraire, les fondateurs accomplissent des actes avant qu'ils n'aient reçu aucun mandat, puisque ce sont eux qui, de leur propre initiative, constituent la société, et cherchent des actionnaires. Cependant, il s'agit bien ici d'un véritable mandat; l'acte de société et les statuts rédigés par les fondateurs constituent une pollicitation, c'est-à-dire l'offre de s'associer adressée à tous ceux qui voudront souscrire des actions; la souscription ultérieure en est l'acceptation. L'individu qui souscrit à l'émission des actions d'une future société dont le projet leur est présenté par les fondateurs donne donc mandat à ceux-ci de faire le nécessaire pour

arriver à la constitution régulière de la société à laquelle il adhère; si, avant la souscription publique, certains actes ont été accomplis, les souscripteurs par le fait de leur adhésion ratifient ces opérations, et chargent les fondateurs de faire tous les autres actes postérieurs qui vont permettre à la société d'être régulièrement constituée.

De ce que les fondateurs ne sont que des mandataires, il résulte que si la société se constitue, elle reconnaît comme siens toutes leurs opérations et les engagements qu'ils ont pu prendre; conformément au droit commun, le mandataire s'efface devant la personne du mandant. Si, au contraire, la société ne peut se constituer, tous les actes accomplis par les fondateurs leur sont personnels, et ils sont tenus de tous les engagements qu'ils ont pu prendre.

Ces conclusions ne sont pas formellement exprimées dans notre loi française, mais certaines législations étrangères le disent expressément.

L'art. 623 du Code fédéral suisse des Obligations du 14 juin 1881 est ainsi conçu :

« La société anonyme n'acquiert la personnalité civile que par l'inscription sur le registre du commerce. Les actions émises avant cette inscription sont nulles. Ceux qui les ont émises sont solidairement responsables envers les porteurs de ces titres du dommage causé par l'émission. Ceux qui ont agi au nom de la société avant que l'inscription ait été opérée, sont personnellement et solidairement responsables. Néanmoins les obligations qui ont été ainsi contractées expressément au nom de la société en formation, peuvent être acceptées par elle après sa constitution, dans les trois mois à dater de son inscription sur le registre du commerce. Dans ce

cas, le créancier est tenu de reconnaître la société comme son seul débiteur. »

(De même, loi allemande du 28 juin 1884, art. 211 ; et loi belge du 22 mai 1886, art. 34).

Nous avons dit que les fondateurs recevaient des souscripteurs le mandat de constituer régulièrement la société ; la mesure de leurs obligations est donc déterminée par les devoirs d'un mandataire vis-à-vis de son mandant pour l'exécution des opérations qui lui sont confiées. Il nous sera dès lors facile d'énumérer les obligations que les fondateurs ont à remplir vis-à-vis de la société. Ils doivent accomplir toutes les formalités exigées par la constitution régulière de la société. Quelles sont ces formalités ?

La loi de 1867 qui, tout en inaugurant le principe de la liberté de l'anonymat, voulait le réglementer, a dû suivre pas à pas les procédés employés pour commettre les abus qu'elle avait l'intention de réprimer. M. Boistel (*Précis du Droit commercial* n° 245), nous dit comment on opérait : « Les fondateurs commençaient par s'attribuer dans les statuts un très grand nombre d'actions de fondation, pour leurs apports en nature, en crédit, en idées, dont la valeur était démesurément exagérée. Puis, on faisait monter à tout prix les actions de la société, et on revendait, en faisant d'énormes bénéfices ; pour cela, il n'était pas besoin d'un objet sérieux pour la société ; il suffisait d'une idée capable de frapper l'imagination du vulgaire, quelque insensée qu'elle fût en réalité ; (on a vu dans ces occasions des preuves phénoménales de l'ineptie du public) ; on prenait pour gérant un homme de paille, n'ayant aucune solvabilité ; on divisait le capital en très petites coupures qui sont descendues jusqu'à 20 fr., jusqu'à 5 fr., pour trouver

plus facilement des dupes, en s'adressant aux petites bourses; il y avait très peu d'argent à verser immédiatement sur chaque coupon, ce qui en faisait de vrais billets de loterie; on obtenait des souscripteurs, et l'on déclarait la société constituée; avec les fonds versés, et sans avoir fait aucune opération réelle, par conséquent aucun bénéfice, on payait de gros dividendes; les actions montaient; et alors les prétendus fondateurs revendaient, empochaient l'argent du public, et laissaient les actionnaires ruinés, sans la moindre valeur entre les mains. »

A cet état de choses regrettable, la loi de 1867 a voulu porter remède par une série de dispositions dont quelques unes ne sont que la reproduction de règles déjà posées dans les lois de 1856 et de 1863.

La Société anonyme ne peut-être constituée qu'après l'accomplissement de certaines conditions et formalités qui peuvent se résumer ainsi :

1° Les statuts sont rédigés par un acte notarié, ou sous-seing privé, en double original ;

2° Le capital social ne peut être divisé en actions ou coupons d'actions de moins de 100 francs, quand ce capital n'excède pas 200,000 francs, et de moins de 500 francs s'il est supérieur à ce chiffre ;

3° Le capital social doit être souscrit en totalité et le 1/4 versé sur chaque action ;

4° Ces souscriptions et versements sont constatés par une déclaration notariée ; à cette déclaration sont annexés l'un des doubles de l'acte de société s'il est sous signature privée, ou une expédition s'il est notarié et reçu par un autre notaire, la liste des souscripteurs, l'état des versements ;

5° Les associés doivent être sept au moins ;

6° Une première assemblée générale est réunie

pour vérifier, avant tout, la sincérité de la déclaration faite par les fondateurs. — Cette assemblée fait ensuite vérifier, soit par un ou plusieurs de ses membres délégués à cet effet, soit par des experts, la valeur des apports et la cause des avantages stipulés. Elle doit dans tous les cas s'ajourner pour prendre une décision définitive ;

7° Un rapport est dressé sur la vérification dont on vient de parler; il est imprimé et tenu à la disposition des souscripteurs cinq jours au moins avant la réunion de la deuxième assemblée ;

8° La deuxième assemblée générale délibère et statue sur les conclusions de ce rapport; ensuite, et séance tenante, elle nomme les premiers administrateurs et les commissaires de surveillance. Du moment où les administrateurs et commissaires ont accepté leurs fonctions, la société se trouve immédiatement et de plein droit constituée;

9° Les actions ou coupons d'actions ne sont négociables qu'après le versement du quart;

10° La société ne peut distribuer de dividendes avant que les formalités initiales aient été complètement accomplies.

L'énumération de toutes ces formalités constitutives de la société indique très clairement les devoirs imposés aux fondateurs; ce sont eux qui doivent les remplir régulièrement, et leur mission n'est terminée qu'au moment où la société sera définitivement constituée, c'est-à-dire au moment où les administrateurs et les commissaires auront accepté leurs fonctions.

Les fondateurs devront donc veiller à la rédaction de l'acte de société, en observant les formes légales, qu'il soit privé ou authentique, prendre soin qu'il ne s'y

glisse, ainsi que dans les statuts, aucune stipulation contraire à la loi. Ils feront souscrire la totalité du capital social, *en évitant d'employer toutes manœuvres coupables ou dolosives* pouvant entacher le contrat de souscription; ils feront verser par chaque souscripteur le 1/4 sur leurs actions; ils s'assureront que ces deux formalités sont remplies, avant de signer la déclaration notariée qui leur est imposée. Ils devront veiller à ce que les actions ou coupons d'actions soient conformes aux prescriptions de la loi et s'opposeront à toute négociation avant le versement du quart. Ils convoqueront les assemblées générales constitutives, en ayant soin de surveiller l'exécution de chacune des règles relatives à leur tenue. Ils feront vérifier, *en s'abstenant de toute fraude ou de toute exagération*, les apports en nature et les avantages particuliers, et feront nommer les administrateurs et les commissaires. Dès qu'ils s'écarteront des devoirs qui leur sont imposés, les fondateurs engageront leur responsabilité.

SECTION DEUXIÈME

RESPONSABILITÉ DES FONDATEURS

Mandataires des actionnaires qui les chargent de remplir les formalités requises pour la création de la société, les fondateurs sont responsables envers eux de l'exécution de leur mandat. Ils peuvent aussi engager leur responsabilité vis-à-vis des tiers auxquels leurs fautes peuvent causer préjudice. Enfin, ils sont tenus pénalement des actes délictueux qu'ils peuvent commettre en constituant la société. On

peut diviser l'étude de la responsabilité des fondateurs en trois paragraphes : 1° Responsabilité civile soit à l'égard des tiers, soit à l'égard des associés, à raison de fautes commises dans la constitution de la société; 2° Responsabilité pénale; 3° Prescription de ces actions en responsabilité.

§ 1^{er} Responsabilité civile.

Les sociétés anonymes peuvent être atteintes par les nullités s'appliquant à tous les contrats en général. Nous laissons de côté les cas d'inexistence même du contrat qui se produiront, par exemple, lorsqu'il y a absence totale de consentement chez l'une des parties, ou lorsque la société a un but illicite, impossible ou immoral. Le pacte social dans lequel existera soit un vice du consentement (la violence, le dol ou l'erreur), soit le défaut de capacité chez la partie qui s'oblige, sera simplement annulable. A la différence des contrats inexistant, les contrats nuls ne peuvent être attaqués que par les personnes dans l'intérêt desquelles a été introduite la nullité; ils peuvent être consolidés par une ratification ultérieure qui purge le vice; enfin, ils doivent être attaqués dans un certain délai. Appliquant ces principes généraux, nous annulerons le contrat de société, passé par un incapable, ou vicié par la violence, le dol ou l'erreur.

Ceci posé, supposons que des actionnaires arrivent à prouver que les fondateurs ont employé la violence pour les faire souscrire, ou ont pratiqué des manœuvres dolosives telles que sans ces manœuvres ils n'auraient pas adhéré au pacte social, ils peuvent évidemment faire annuler le contrat et réclamer ensuite aux fondateurs la totalité de ce qu'ils ont

versé pour entrer dans la société. Dans ce cas, l'action n'est ouverte qu'aux actionnaires à l'exclusion des tiers, et ceux-là peuvent ratifier le contrat ou en effacer la nullité par la prescription décennale.

Bien plus, l'action en responsabilité ne peut profiter qu'à la victime même du dol. Je suppose qu'un actionnaire qui a acheté son titre postérieurement à la fondation, poursuivie en responsabilité les fondateurs en demandant la nullité de la société par ce que les souscriptions ont été obtenues à l'aide de manœuvres frauduleuses; s'il ne justifie pas que personnellement il a été amené à acheter son action par suite des apparences mensongères créées par les fondateurs, il ne pourra, à défaut d'un préjudice personnel, agir contre ces derniers en réparation d'un préjudice qui a été causé uniquement au souscripteur primitif son cédant. Il faut donc avoir soin de distinguer deux actions : d'abord l'action en nullité qui appartient à l'actionnaire porteur d'un titre, puis l'action en responsabilité qui appartient à la victime du dol, même si elle a vendu son titre. Celle-ci sera en droit de réclamer aux fondateurs la différence entre ce qu'elle a versé à la société et le prix qu'elle a vendu son action dépréciée. Toutefois, il peut arriver que cette dernière action soit repoussée, si, en fait, le cédant avait renoncé à invoquer la nullité; la vente qu'il aurait faite du titre pourrait même être souvent interprétée dans ce sens. (*Cass. 25 janvier 1881. — D. 81. 1. 153*).

La souscription peut-être annulée pour dol, mais pourvu que les manœuvres employées aient été telles que sans ces manœuvres la souscription n'aurait pas eu lieu. (*Art. 1116. C. C.*) Ainsi les allégations mensongères, contenues dans des prospectus desti-

nés à annoncer une souscription, ne sont pas suffisantes pour entraîner la nullité de la souscription, si elles n'ont pas exercé une influence décisive sur l'esprit du souscripteur qui s'est engagé sans vérifier les faits annoncés, bien qu'il en eût les moyens à sa disposition. (*Cass. 14 juillet 1862. - D. 62. 1. 428. - Paris, 26 mars 1886, Rev. sociétés, p. 554. - Paris, 23 mars 1887. - Rev. sociétés 1887, p. 359.*)

L'appréciation de l'influence des manœuvres appartient souverainement aux juges du fait dont la décision échapperait à la censure de la Cour de Cassation. Ainsi, il a été jugé qu'on ne saurait reprocher aux fondateurs de n'avoir pas indiqué dans les annonces la durée et les conditions d'une concession administrative, le traité de concession ayant dû être soumis, lors de l'approbation des apports, à l'examen de l'assemblée générale des actionnaires (*Paris, 31 Janvier 1867*). D'ailleurs, même au cas où la souscription aurait été obtenue par le dol ou la fraude du fondateur, l'actionnaire ne saurait en invoquer la nullité à l'encontre des créanciers sociaux qui peuvent exiger le paiement intégral des actions souscrites.

L'obligation du souscripteur est prise en réalité aussi bien au profit des créanciers futurs de la société qu'au profit de la société elle-même; le capital social est leur gage, ils ont une action contre les actionnaires non libérés; c'est donc le cas d'appliquer le principe du droit commun d'après lequel la nullité fondée sur le dol ne peut être invoquée que contre l'auteur même du dol. (*Cass. 10 février 1868. - D. 68. 1. 379.*) Du reste, les souscripteurs ainsi trompés auraient leur recours contre les fondateurs qui, par leurs agissements, leur auraient causé un préjudice, conformément aux principes du droit

commun. Remarquons, toutefois, que le prospectus étant une réclame, c'est au public souscripteur à se mettre en garde contre les séduisantes promesses, et à s'assurer par lui-même de la valeur des entreprises qu'il patronne; aucune loi ne réussirait à protéger ceux qui ne veulent pas reconnaître qu'un rendement élevé des capitaux est incompatible avec la sécurité parfaite; aussi la jurisprudence se montre-t-elle assez réservée en matière de responsabilité engagée par les prospectus, ainsi qu'en témoignent les derniers arrêts sur la question. (*Paris, 10 juin 1890, Rev. soc. 1890, p. 372. — Orléans, 24 juillet 1890, Rev. Soc. 1890, p. 522.*)

Les fondateurs peuvent également engager leur responsabilité en majorant outre mesure les apports qu'ils font à la Société au moment de sa constitution. Ce cas se présente même très fréquemment. Les fondateurs, dans des prospectus et articles de journaux artificieusement rédigés, font miroiter aux yeux du public les plus séduisantes perspectives. Des domaines d'une valeur énorme, des immeubles d'un rapport considérable, des exploitations d'un revenu exceptionnel, constituent des apports en nature que, souvent, personne n'est en mesure d'apprécier à sa juste valeur; la vérification par les assemblées générales est insuffisante pour réparer le mal; les nouveaux associés peuvent s'être engoués des estimations faites par les fondateurs, et il est bien difficile de dessiller les yeux de gens aveuglés; d'autre part, un assez grand nombre d'entre eux s'abstient d'assister aux assemblées. Dans ces conditions, avec un rapport habilement présenté, grâce à la connivence des uns, à l'incurie ou à la timidité des autres, il est possible de constituer une majorité disposée à tout adopter

sans un examen approfondi. Les fondateurs qui ont ainsi donné à leurs apports une valeur qu'ils savaient ne pas exister, commettent une faute lourde, et les tiers qui se sont rendus acquéreurs d'actions ont le droit de leur demander réparation du préjudice causé (*Rennes, 12 juillet 1886, J^{al} Soc. 87. p. 670 — Douai, 11 août 1887, Journ. soc. 88. p. 314 — Cass. 19 février 1889, Rev. soc. 89. p. 182*). Il peut même se faire que les fondateurs soient tenus à des dommages-intérêts sans que la société ait été annulée; la majoration excessive n'est une cause de nullité que s'il y a eu dol ou fraude, et l'exagération par elle-même n'est pas une preuve de fraude. (*Cass. 19 février 1889, Rev. soc. 89. p. 182*).

Nous trouvons en deuxième lieu des nullités, spécialement établies par la loi de 1867 comme sanction des formalités initiales qu'elle oblige à accomplir. Ce sont celles que nous devons spécialement étudier.

La responsabilité des fondateurs en raison de ces nullités encourues, est édictée par l'art. 42 dans les termes suivants : « Lorsque la nullité de la société, ou des actes et délibérations, a été prononcée aux termes de l'article précédent, les fondateurs auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonctions au moment où elle est encourue, sont responsables solidairement envers les tiers, sans préjudice des droits des actionnaires. La même responsabilité solidaire peut être prononcée contre ceux des associés dont les apports ou les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés conformément à l'article 24. »

Cette responsabilité sérieuse, que le législateur de 1867 impose aux fondateurs et aux premiers administrateurs, est une conséquence logique de la réforme profonde introduite dans le régime de l'anonymat.

Sous l'empire du Code de Commerce, alors que la société anonyme devait être autorisée par l'Etat, la question de nullité ne se posait pas ; la société existait du jour du décret d'autorisation, et si le gouvernement pouvait la dissoudre, il n'appartenait pas aux tribunaux de la déclarer nulle. (*Trib. Seine — 6 juillet 1881. — la Loi — 7 juillet 1881*). Dès lors, aucune responsabilité ne pouvait atteindre les fondateurs qui se trouvaient couverts par la révision des statuts au Conseil d'Etat. Si l'autorisation n'avait pas été demandée, l'association n'avait pu acquérir le bénéfice de l'anonymat, c'était une société collective engageant tous ses membres, fondateurs, administrateurs et simples actionnaires, au paiement solidaire de toutes les dettes sociales (DELANGLE — *Traité des Soc^{tés}*, n° 478. — *Cass. 21 juin 1826*).

Depuis 1863 et 1867, la fondation des sociétés anonymes est entièrement libre, mais la loi a réglementé cette liberté en fixant d'une manière précise un certain nombre de formalités qui remplacent le contrôle de l'Etat, et en attachant une sanction à la violation de ces formalités ; elle dispense les fondateurs du contrôle de l'Etat, mais elle entend exiger d'eux une œuvre exempte de tout reproche ; elle veut qu'ils observent scrupuleusement toutes les formalités imposées dans l'intérêt des tiers et dans celui des actionnaires, leurs mandants, qui ne peuvent avoir sur leurs mandataires une grande autorité ni exercer une grande surveillance sur leurs actes. Aussi la loi frappe-t-elle d'une responsabilité assez sévère les fondateurs qui, par fraude ou par négligence, ont laissé dans la constitution un vice, germe de mort pour la société, de préjudice pour les tiers qui traitent avec elle, et de ruine pour les actionnaires auxquels on a fait appel.

Malheureusement, les cas de nullité sont nombreux dans notre législation, et la jurisprudence n'est pas encore absolument fixée sur ces cas; les fondateurs peuvent ainsi encourir de grandes responsabilités, sans avoir, en réalité, commis une faute. Comment en effet leur reprocher de n'avoir pas prévu une nullité que la Jurisprudence n'a considérée comme telle qu'après la formation de la société, et sur laquelle les Jurisconsultes les plus éminents et les praticiens les plus exercés ne sont pas encore bien d'accord? Il y a là un inconvénient auquel l'intervention du législateur pourrait seul apporter un correctif.

Aussi de bons esprits se sont-ils posé la question de savoir si, dans une réforme législative, il ne conviendrait pas de réduire ou même de supprimer toutes les nullités prononcées par la loi de 1867. Le Congrès des sociétés par actions, réuni en 1889, s'est préoccupé de la difficulté.

Le projet de loi de 1884 en a encore augmenté le nombre. Un tableau placé en appendice, au rapport de M. Arnault à la Commission extra-parlementaire, contient une énumération de toutes les nullités qui peuvent frapper les sociétés françaises; il n'embrasse pas moins de quatre pages, alors que le deuxième tableau, consacré aux lois étrangères, ne révèle qu'un nombre de nullités presque insignifiant.

On critique, peut-être non sans raison, cet exercice de nombreuses actions en nullité; on les accuse de constituer souvent des armes sûres au profit des officines de chantage, donnant des bénéfices peu moraux à des agents d'affaires véreux qui achètent à bon marché des actions pour en exiger ensuite, sous la menace d'un procès, le remboursement intégral, autorisant enfin un moyen de concurrence déloyale

au profit d'industriels qui se procurent des actions d'une société pour en poursuivre la nullité et la liquidation forcée.

Afin de remédier aux inconvénients que nous venons de signaler, certains auteurs, (M. THALLER, *Journal Soc.* 1884, p. 773), ont proposé un système préventif, consistant dans l'examen et l'homologation par le pouvoir judiciaire, ou par un fonctionnaire spécial, des actes constitutifs de la société. Cette homologation, une fois donnée, il ne pourrait plus être question de nullité, désormais couverte. Ce système fonctionne d'ailleurs dans quelques législations étrangères. D'autres proposent d'instituer, à l'instar du mariage putatif du Code civil, une société putative. La société nulle produirait, à l'égard des fondateurs de bonne foi, tous les effets de la société valable.

Le congrès des sociétés par actions n'a adopté ni le système répressif actuellement inscrit dans nos lois, ni le système préventif; « elle a voté la suppression de toutes les nullités en se bornant à maintenir la responsabilité encourue par les fondateurs et les premiers administrateurs, si les irrégularités commises ont occasionné quelque préjudice, et dans la mesure du préjudice causé. C'est le droit commun par excellence, le retour à ce principe de notre ancien droit coutumier « *Pas de nullité sans grief.* » Mais la solution proposée est peut-être trop radicale, en ce sens, que la suppression absolue des nullités laisserait le champ libre à toutes les irrégularités, et que, les conditions légales devenant à peu près illusoires, les formes de la constitution des sociétés seraient abandonnées aux fantaisies des rédacteurs. Il y aurait bien, sans doute, la sanction des responsabi-

lités contre les fondateurs en cas de préjudice, mais le dommage pourrait n'être pas toujours facilement appréciable, malgré les inconvénients qui résulteraient de cette liberté. C'est pourquoi des esprits tempérés (MM. Buchère, Antoine Faure, Vavas seur) ont songé à ce moyen terme : les actes constitutifs ne seraient plus nuls de plein droit, mais seulement annulables, si le juge considérait que l'irrégularité commise est de nature à porter préjudice, à *faire grief*.

Ce serait la nullité facultative substituée à la nullité obligatoire. » (VAVASSEUR, *Rev. Soc.* 1890, p. 612.)

Revenons à l'application de la loi de 1867 et aux nullités qu'elle prévoit.

Les cas de nullité indiqués par l'article 42 et par l'art. 41 auquel il renvoie, sont les suivants :

- 1° Le nombre des associés est inférieur à sept ;
- 2° Le capital social n'a pas été intégralement souscrit ;
- 3° Le quart n'a pas été versé sur chaque action ;
- 4° Les fondateurs n'ont pas fait la déclaration notariée de souscription et de versement ;
- 5° Les statuts déclarent les actions ou coupons d'actions négociables avant le versement du quart ;
- 6° Les apports en nature et les avantages particuliers n'ont pas été vérifiés et approuvés par l'assemblée générale selon les formes prescrites ;
- 7° La Société n'a pas nommé d'administrateurs ou ceux nommés par les statuts ont été déclarés irrévocables sans ratification par l'assemblée générale, etc.

A tous ces cas qui sont loin d'être les seuls possibles, l'article 56 ajoute la nullité pour défaut de publication ou de dépôt. Nous devons laisser de côté

cette dernière cause de nullité qui ne saurait rendre les fondateurs responsables.

En effet aux termes de l'art. 24, la société est réputée constituée à partir de l'acceptation des administrateurs et des commissaires constatée dans le procès-verbal de l'assemblée qui a approuvé les apports en nature ; or, les fondateurs ne peuvent être responsables de ce qui précède la constitution définitive de la société. Toute faute antérieure à cette acceptation leur est imputable, mais à ce moment cessent leurs fonctions, les administrateurs prennent la direction de la société, et eux seuls répondent de ce qui se fait ultérieurement. Le dépôt des statuts et des publications devant avoir lieu (art. 55 et 56) dans le mois qui suit la constitution de la société, ces formalités incombent seulement aux premiers administrateurs et non aux fondateurs dont le rôle a pris fin.

L'art. 42 déclare les fondateurs « *solidairement responsables* » en cas d'annulation de la société. Cette responsabilité solidaire s'explique aisément.

Les sociétés sont ordinairement constituées par plusieurs fondateurs dont les attributions respectives varient dans chaque espèce ; souvent leur coopération à l'œuvre commune est égale. D'autres fois, au contraire, le rôle de chacun d'eux est tout différent ; tandis que les uns font toutes les démarches et remplissent toutes les formalités requises, les autres dont le nom et le crédit sont de nature à attirer les souscriptions, se bornent à coopérer à la création de la société par leur intervention dans un des actes constitutifs et par l'apposition de leur signature sur les prospectus.

On concevrait que le législateur, s'inspirant du droit commun, ne déclarât responsables que ceux des

fondateurs dont la faute a occasionné l'annulation de la société. Mais en pratique, il serait souvent impossible de déterminer la part exacte de responsabilité qui incombe à chacun ; de plus, les fondateurs ont accepté le mandat de veiller à la constitution régulière de la société, il leur était loisible de ne pas s'en charger ; par leur acceptation ils ont pris l'engagement de surveiller la régularité des formalités accomplies. Il est d'ailleurs inadmissible que des fondateurs, qui par leurs noms et leurs titres couvrent de leur patronage intéressé des entreprises véreuses, puissent, en invoquant leur inaction, échapper aux responsabilités de leurs fonctions. Aussi, le législateur de 1867, dérogeant au droit commun, a-t-il posé la présomption que tous les fondateurs étaient en faute et par suite que tous étaient responsables solidairement.

Cette solution découle de la rédaction même de l'art. 42 et du rapprochement des expressions employées par cet article. Après avoir dit que les fondateurs et les administrateurs « *sont solidairement responsables* », la loi ajoute : « la même responsabilité solidaire *peut être prononcée* contre ceux des associés dont les apports ou les avantages n'ont pas été vérifiés et approuvés ». Donc, la responsabilité de ces derniers est facultative et par *a contrario* celle des premiers est obligatoire. L'opposition entre les deux termes est trop frappante, trop rapprochée pour n'avoir pas été intentionnelle. Elle existe également si l'on compare l'art. 42 avec l'art. 8 ; la responsabilité est impérative pour les tribunaux lorsqu'il s'agit de sociétés anonymes, tandis qu'elle est facultative dans la commandite où « les membres du conseil de surveillance *peuvent être* déclarés responsables. » Cette différence est conforme à l'équité, car

les apporteurs et les membres du conseil de surveillance répondent d'actes qui ne leur sont pas personnels, tandis que les fondateurs ont commis une faute plus ou moins grave, mais certaine; ils doivent être punis de ce qu'ils ont fait, ou de ce qu'ils ont omis de faire.

Les fondateurs sont présumés en faute par le fait même que la loi n'a pas été observée dans les conditions essentielles à la validité de la société. C'est une sorte de *présomption juris et de jure*, contre laquelle ne saurait être faite la preuve contraire. D'où la conséquence, que certains fondateurs invoqueraient en vain l'excuse de leur bonne foi, en démontrant qu'ils ont peu ou n'ont point participé aux irrégularités commises et aux déclarations mensongères, ou qu'ils ont été eux-mêmes trompés par leurs co-intéressés dans lesquels ils avaient eu confiance. C'était un devoir collectif d'assurer à la société une constitution légale, la responsabilité doit être collective et solidaire, aux termes de l'art. 42. Leur seule ressource serait donc d'établir qu'ils n'ont pas eu réellement le rôle de fondateurs; on ne pourrait alors invoquer contre eux que la responsabilité du droit commun restreinte aux seuls actes auxquels ils ont concouru.

Dira-t-on que l'art. 42 semble faire une distinction entre les fondateurs en ne déclarant responsables que ceux « auxquels la nullité est imputable » ? Si l'article était conçu dans ces termes, sans doute la distinction s'imposerait; mais le texte veut simplement dire par cette phrase incidente que la nullité est imputable aux fondateurs, c'est-à-dire à tous les fondateurs, par opposition aux administrateurs qui

sont aussi tous responsables quoique la faute ne soit imputable personnellement à aucun d'eux. (*Lyon, 9 février 1883, Journal Soc. 83. p. 181. — Toulouse, 28 novembre 1883, la Loi, 16 janvier 1884.*)

Les fondateurs condamnés comme responsables auraient-ils un recours contre les autres fondateurs afin de leur faire supporter une part de la condamnation qui est une conséquence de la faute commune ? La même question se pose à l'égard des premiers administrateurs, pourraient-ils recourir contre les fondateurs en justifiant qu'ils sont de bonne foi et qu'ils n'ont point participé aux actes viciant la constitution de la société ? La Jurisprudence est divisée sur la question. Un arrêt de Cassation, du 16 avril 1878, et un autre de Grenoble, du 6 mai 1883, (*Rev. soc. 1883. p. 657*), refusent le recours par le motif suivant : la faute commise est un délit, or, il est de principe que les co-auteurs d'un délit ne peuvent exercer un recours les uns contre les autres pour se garantir des condamnations civiles prononcées contre eux.

Nous ne partageons pas cette opinion ; avec la cour de Toulouse (*28 novembre 1883. — Rev. Soc. 1884. p. 424*), nous admettrons ce recours au profit des fondateurs ou des administrateurs solidairement condamnés à payer la dette commune, contre les fondateurs non poursuivis. La Cour de Cassation a fini par se ranger à cette solution. (*8 novembre 1886, Rev. Soc. 87. p. 11*).

Il y a en effet une faute commune, et l'équité exige que tous en subissent les conséquences désastreuses. Si, par exemple, les administrateurs ou certains fondateurs ont ignoré les actes irréguliers, ne serait-il pas souverainement inique de les frapper seuls, en

laissant impunis les véritables auteurs de la faute ? La peine qui les atteint est déjà assez sévère ; elle serait excessive, si elle n'était tempérée par le recours contre ceux qui sont solidairement tenus avec eux. D'ailleurs, à la dette commune et solidaire édictée par l'art. 42, il y a lieu d'appliquer le principe général écrit dans les articles 1213 et 1214 du C. Civ., principe d'après lequel l'obligation se divise de plein droit entre les débiteurs, et qui autorise le recours contre ses co-débiteurs de celui qui a payé la dette au delà de la part pour laquelle il était tenu. Ce n'est pas une action en garantie tendant à exonérer un délinquant des conséquences de sa faute, mais bien une action en répétition de la part revenant au co-débiteur dans la dette commune, ou en participation proportionnelle dans la dette, action qui n'est que l'application des règles de la responsabilité solidaire.

La condamnation solidaire prononcée contre les associés fondateurs doit, d'après un arrêt de la Cour de Bordeaux du 9 mars 1874 (*D. 77. 1. 49*), se répartir entre eux au prorata de leurs actions. Mais il ne nous paraît pas qu'on doive attribuer à cet arrêt une importance trop grande ; il statuait d'ailleurs dans une espèce où il était impossible d'apprécier la part de faute imputable à chaque fondateur. Il nous paraît plus sage de dire que les règles du Code civil en matière de solidarité sont applicables dans cette matière. (*Paris, 10 juillet, 85, Gaz. des Trib. du 25 octobre 1885.*)

Les fondateurs et les premiers administrateurs sont responsables, et vis-à-vis des tiers créanciers de la société, et vis-à-vis des actionnaires, leurs mandants. Toutefois, cette responsabilité en cas de nullité de la société ne se trouve engagée à l'égard des tiers

qu'autant que le capital action est insuffisant pour acquitter le passif; et les actionnaires ne pouvant eux-mêmes se faire payer le montant de la condamnation intervenue à leur profit qu'après ces créanciers. C'est la conséquence du principe que la nullité de la société n'est pas opposable aux tiers, et que les actionnaires sont tenus de toutes les dettes sociales dans les limites de leurs apports. Cette solution a été consacrée par la Cour de Paris (28 avril 1887) (1).

Cet arrêt paraît admettre l'existence d'une action exercée à la fois contre les fondateurs et administrateurs, et contre les actionnaires non totalement libérés; il admet aussi, par voie de conséquence, pour les liquidateurs et les tiers, le droit de choisir celle de ces deux catégories de débiteurs qu'il leur convient de poursuivre. M. l'avocat général Manuel, dans de remarquables conclusions, insérées dans le journal le *Droit* (n° du 6 mai 1887), s'est prononcé contre ce droit d'option, et nous croyons, avec lui, que les créanciers doivent s'adresser avant tout aux actionnaires non libérés qui ne peuvent, sous aucun prétexte, refuser ou retarder leur libération. Ils ne pourraient, en même temps, intenter l'action en responsabilité, que s'il était d'ores et déjà démontré que les sommes à recouvrer des actionnaires seraient insuffisantes pour le paiement du passif.

(1) Voir aussi Paris, 10 juin 1890, *Rev. soc.* 90. p. 372.

Etendue de la responsabilité, soit envers les tiers, soit envers les actionnaires, en cas d'annulation de la société, pour vices dans sa constitution.

1° *Responsabilité envers les tiers.* — L'action en responsabilité pour annulation de la société appartient aux tiers, c'est-à-dire aux personnes qui ont traité avec la société frappée de nullité. Les obligataires constituent la classe la plus importante de ces créanciers. Mais quelle sera la mesure de cette responsabilité? Deux systèmes sont en présence : d'une part, une jurisprudence inébranlable soutient qu'elle est indéfinie, illimitée, et s'étend à tout le passif social; de l'autre, une doctrine presque unanime la restreint au dommage réellement éprouvé.

« Nous n'hésitons pas à nous prononcer pour la seconde opinion parce qu'elle est seule conforme à l'équité et que la raison d'équité est souveraine lorsqu'elle n'est pas contrainte de s'incliner devant un texte arbitraire. Or, le texte se tait heureusement ici, et ce serait une singulière entreprise que d'y introduire spontanément, et de parti-pris, une injustice non voulue par le législateur. Nous disons une injustice : en est-il de plus criante, en effet, que d'imposer en punition d'une contravention matérielle, et peut-être inconsciente, une pénalité qui peut être énorme et sera, dans tous les cas, sans proportion ni rapport avec la faute commise ?

« C'est la peine arbitraire de l'ancienne loi criminelle que l'on fait revivre à l'usage de la législation civile, où jamais, en aucun temps, elle n'avait été reçue, ni chez les Romains, nos maîtres, ni dans les

codes modernes. Que devient cet axiome de justice éternelle, écrit dans notre Code civil, et calqué sur la loi morale la plus pure : « chacun répond du dommage qu'il a causé ? » Il serait abrogé par la loi nouvelle, et désormais chacun répondrait *au delà* du dommage qu'il a causé; il faut dire plus, répondrait même du dommage *qu'il n'a pas* causé. » (VAVASSEUR, *Tr. des Soc.*, n° 846).

Les responsabilités exceptionnelles sont de droit étroit : il faut un texte formel pour les prononcer; or, l'article 42 ne spécifie rien quant à la mesure et à l'étendue de la responsabilité des fondateurs ou administrateurs envers les tiers; aucun texte de la loi ne s'est mis en contradiction avec ce double principe de justice et de morale sociale, que la peine doit être proportionnée à la faute, et que la faute, n'occasionnant aucun préjudice, ne donne lieu à aucune réparation. C'est donc à ces principes du droit commun qu'il convient de se reporter.

C'est la loi qui oblige les fondateurs et les administrateurs des sociétés anonymes à veiller à la constitution régulière de la société en vue de tous les intéressés. La base de leur responsabilité consiste dans l'inaccomplissement d'une obligation légale (Art. 1382 et 1383 du Code civil); elle ne peut donc s'étendre qu'aux conséquences dommageables de l'annulation de la Société. Supposons que la société, après avoir fonctionné plusieurs années, soit annulée parce que les fondateurs et administrateurs ont eu le tort de ne pas exiger le versement du quart sur chaque action, mais que cette faute n'ait été pour rien dans les causes de la ruine de la société, par exemple celle-ci a péri, non par suite de l'insuffisance des ressources, mais parce que des admi-

nistrateurs postérieurs ont commis des dilapidations considérables; dans l'espèce, la faute des fondateurs n'a causé aucun préjudice aux tiers, pourquoi les déclarer responsables ?

Passons en revue les divers arguments invoqués par la Jurisprudence, et voyons s'ils sont concluants.

L'arrêt, désormais célèbre, où ils se trouvent pour la première fois développés, a été rendu par la Cour de Paris, le 28 mai 1869, dans l'affaire des Crédits Généraux de Saint-Nazaire, espèce où les fondateurs et administrateurs paraissent gens fort peu intéressants. La Cour de Cassation à laquelle fut déféré, en 1873, cet arrêt qui posait le principe de la responsabilité illimitée, se montra hésitante, et fut même sur le point de repousser cette théorie. Néanmoins, elle rejeta le pourvoi, et cette première décision fut la base d'une Jurisprudence constante qui ne s'est pas démentie depuis, malgré les vives protestations qui s'élevèrent de toutes parts. Le principal, sinon le seul argument de la Cour de Cassation, est indiqué dans le considérant suivant, de son arrêt du 17 janvier 1873: « Attendu que les fondateurs et les administrateurs auxquels la nullité de la société est imputable, en sont déclarés par la loi responsables envers les tiers ; qu'il s'en suit qu'ils se trouvent ainsi *substitués à l'être moral* qui, par leur faute ou leur négligence, est reconnu n'avoir pas d'existence légale, et sont tenus des mêmes obligations. » Mais cette substitution affirmée sans être prouvée, ressemble fort à une pétition de principes. Comme le fait très judicieusement remarquer M. Pont (*II*, p. 368), dire que ceux, par qui la responsabilité est encourue, sont substitués à la société annulée, et par suite tenus des mêmes obligations, c'est tout simplement affirmer ce

qui est en question, à savoir si les fondateurs sont tenus de tout le passif social.

Quoiqu'il en soit, toutes les décisions postérieures se bornent à reproduire cette proposition, considérée comme un axiome, que *l'on doit substituer à l'être moral évanoui les fondateurs devenus associés en nom collectif*. La Cour de Paris, dans son arrêt de 1869, paraît justifier cette thèse par l'argument suivant : « Considérant, qu'en matière commerciale, il est de principe, que tout associé qui traite avec les tiers s'oblige personnellement; que si les administrateurs des sociétés anonymes sont exonérés de cette responsabilité, c'est en vertu d'un texte précis, et par suite d'une faveur particulière accordée à ces sociétés; mais que, dans le cas où la société n'a pas accompli les formalités exigées pour sa constitution, et où la nullité en est prononcée, il ne reste plus qu'une *société de fait*, régie par les règles du droit commun, et dont les membres ne sauraient réclamer aucun privilège. » Ce raisonnement peut parfaitement être réfuté par l'absurde, en répondant que, si la substitution à l'être moral des fondateurs et des administrateurs était vraie, elle devrait nécessairement s'étendre à tous les actionnaires qui seraient, eux aussi, des associés en nom collectif. S'il ne reste qu'une société de fait, pourquoi tous les actionnaires qui, eux aussi, en font partie, ne seraient-ils pas responsables *in infinitum*? La jurisprudence n'a jamais osé aller jusqu'à cette solution, conséquence logique de son principe; on prétend que la société *n'a pas pu former un être moral distinct des associés*, et on conclut que les fondateurs *resteront seuls tenus*! C'est là une anomalie inexplicable.

Il est également inexact de présenter la responsa-

bilité indéfinie et solidaire comme étant de droit commun en matière commerciale, parce que la dérogation, toute de faveur, résultant de l'anonymat, aurait manqué son effet. Il n'existe pas de règle générale, d'après laquelle, en matière commerciale, tous les associés seraient tenus solidairement, sauf quelques cas privilégiés. La loi a établi différentes espèces de sociétés que les associés peuvent choisir, et chacune d'elles a ses règles propres qui constituent, en ce qui la concerne, le droit commun applicable; mais il n'y a pas, dans notre droit, de société type, de société de droit commun, analogue au régime de communauté légale qui règle la situation des époux lorsque le régime adopté vient à être annulé. Toutes les formes de société sont égales, aucune n'est d'exception.

Dès lors, quand une société anonyme, annulée, devient société de fait, elle reste de la nature de société que les associés ont voulu établir. Ce sont tous les actionnaires ensemble, fondateurs et administrateurs compris, qui sont substitués, si l'on veut, à l'être moral, mais en ne succédant à ses obligations que sous le bénéfice du contrat qui a limité leurs engagements, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de leurs mises. La société de fait devra se régler d'après les principes généraux qui ont guidé les associés dans la formation du pacte social et les tiers dans leurs rapports avec la société (1). La Jurisprudence ne décide-t-elle pas elle-même (*Cass. 28 février 1859, D. 59. 1. 408 et Cass. 22 novembre 1869, D. 70. 1. 23*) que ce sera le contrat, même annulé, qui doit servir de base

(1) Voir sous l'arrêt de Paris (D. 69. 2. 146) une note de M. Griollet qui développe cet argument, réfutant ainsi la jurisprudence et la mettant en contradiction avec elle-même, tout en adoptant pour d'autres motifs, la conclusion de son arrêt.

à la liquidation, soit entre les associés, soit vis-à-vis des tiers? Et ce n'est que justice. En ce qui concerne les associés, ne doit-on pas rechercher qu'elle a été l'intention des parties? et les tiers, lorsqu'ils ont traité avec la société, savaient qu'ils traitaient avec une société anonyme; ils ne devaient compter que sur le capital social. Voilà le droit commun; sans doute dans des cas donnés, certains actionnaires pourront être tenus à plus que leur apport, mais c'est en vertu des principes généraux de la responsabilité, comme fondateur ou comme administrateur; je suis un mandataire, je commets une faute dans l'exécution de mon mandat, la mission que j'ai acceptée de fonder une société valable, ou de bien gérer les affaires sociales, peut me placer sous le coup des articles 1382 et 1384 du Code civil qui obligent tous ceux qui ont causé, par leur faute, un dommage à autrui, à le réparer; je suis prêt à réparer le préjudice que vous cause la nullité de la société, mais je proteste lorsque vous voulez vous enrichir à mes dépens.

La Jurisprudence invoque, en second lieu, l'origine législative de l'art. 42. « Considérant, dit la Cour de Paris, que l'art. 12 du projet de loi soumis en 1863 au Corps Législatif ne laissait aucun doute sur la responsabilité portant sur tout le passif social; les administrateurs, disait-il, sont responsables solidai-
rement envers les tiers de la totalité des dettes sociales, sans préjudice des droits des actionnaires; que dans la rédaction définitive de cet article, devenu l'art. 25 de la loi du 29 mai 1863, les mots « *de la totalité des dettes sociales* » ont disparu sans que les motifs de cette suppression aient été donnés, mais que la dernière rédaction, si elle est moins explicite que la première, n'en a pas moins le même sens;

qu'il n'en résulte aucune restriction de l'étendue de la responsabilité imposée aux administrateurs ; que le seul changement apporté au projet a consisté à appliquer aux fondateurs la responsabilité qui était prononcée uniquement contre les administrateurs, et à en affranchir les administrateurs entrés en fonctions à une époque postérieure à celle où la nullité a été commise. » Ici encore, la Jurisprudence affirme sans rien démontrer, je prétends même que l'origine historique de notre article 42 nous donne au contraire la preuve que le législateur n'a pas voulu mettre à la charge des fondateurs la totalité du passif social.

L'art. 42 de 1867, dit-on, reproduit textuellement l'art. 25 de la loi de 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée, qui se rattache lui-même à l'art. 7 de la loi de 1856 sur les commandites. En 1856, le législateur, pour obliger les membres du conseil de surveillance à veiller à la constitution régulière de la commandite, a édicté contre eux une responsabilité sévère en les déclarant « *responsables solidairement et par corps avec les gérants, de toutes les opérations faites postérieurement à leur nomination* » (art. 7), c'est-à-dire de tout le passif social. Le projet de la loi de 1863, reproduisant en grande partie la loi de 1856, avait un art. 12 ainsi conçu : « *Les administrateurs sont solidairement responsables envers les tiers de la totalité des dettes sociales, sans préjudice des droits des actionnaires.* » Le rapporteur demanda que cette responsabilité fût étendue *aux fondateurs* sous la condition que la nullité de la société leur fût imputable. Le projet fut modifié dans ce sens. Mais dans la rédaction définitive de la loi (art. 25) on ne retrouve plus les mots « *de la totalité des dettes sociales* », sans qu'aucune explication ait été

donnée sur cette omission. On n'y fait même aucune allusion lors de la discussion de la loi; le rapporteur se borne à dire que « la nouvelle rédaction a pour but de laisser la responsabilité à ceux auxquels elle est réellement imputable. » Cette omission, d'après la Jurisprudence, n'est pas intentionnelle. Il est certain, dit-elle, que le changement apporté au texte du projet concernait uniquement les personnes que la responsabilité devait atteindre, et non l'étendue de cette responsabilité, sur laquelle tout le monde était d'accord lors de la discussion du projet. Il est d'ailleurs impossible d'admettre qu'une modification aussi importante n'eût donné lieu à aucune discussion, que le gouvernement eût laissé diminuer sans protester une responsabilité que son projet empruntait à la loi de 1856.

Cette prétendue omission inconsciente du législateur ne nous paraît rien moins que fondée; au contraire, ce retranchement a par lui-même une signification des plus claires; on n'a pas voulu consacrer législativement le système du projet du gouvernement, et si l'on étudie la marche des idées au moment de la rédaction des différentes lois sur les sociétés, on comprend très-bien que le législateur se soit écarté de certaines sévérités qui lui paraissaient exhorbitantes. La loi de 1856 avait été rédigée dans un esprit de répression contre les abus scandaleux auxquels avaient donné lieu les commandites par actions; cette loi, d'une rigueur parfois injuste, considérait, a-t-on dit avec raison, tous les fondateurs pour des fripons, et tous les actionnaires pour des imbéciles.

On comprend, dès lors, qu'elle ait déclaré les

membres du conseil de surveillance responsables de la totalité des dettes sociales. Mais une réaction heureuse se produisit, et le législateur de 1863, mû par des idées libérales, n'a pas voulu suivre celui de 1856 dans la voie de sévérité excessive où ce dernier était entré; à de nombreux points de vue, la loi de 1863, et *a fortiori* celle de 1867, se sont départies des rigueurs contenues dans la loi de 1856. Si le projet primitif de la loi de 1863 disait « responsables de la totalité des dettes sociales », c'était évidemment par erreur, et s'il n'y a pas eu de discussion pour effacer les derniers mots, c'est qu'il n'en était pas besoin, tant l'esprit nouveau du législateur de 1863 était contraire à un tel système. Pour nous en convaincre, nous n'avons qu'à nous reporter à la déclaration de M. Duvergier, orateur du gouvernement et rapporteur de la loi au Conseil d'État; elle est d'une précision à ne laisser aucun doute : « La disposition du projet, dit-il, a été modifiée afin de laisser aux tribunaux le pouvoir de *mesurer l'étendue de la responsabilité et de la proportionner au dommage* qu'auront éprouvé soit les tiers, soit les associés. » (*Collect. 1863, p. 386.*) Cette déclaration, faite au lendemain du vote de la loi, démontre l'intention bien arrêtée du législateur de 1863, de rendre au droit commun la responsabilité des fondateurs et administrateurs. Aussi, comprenons-nous les protestations énergiques du rapporteur lui-même de la loi de 1867, M. Mathieu, contre l'interprétation que fait la jurisprudence de l'art. 42, et contre l'intention que l'on prête, à lui et à ses collègues, d'avoir voulu imposer une responsabilité indéfinie de toutes les dettes sociales. Dans un commentaire qu'il publiait, très peu après la promulgation de cette loi, il indi-

quait notre solution sans développement, tant il la croyait incontestable. Puis, lorsqu'apparaît l'arrêt de la Cour de Paris de 1869, il défend la véritable interprétation de la loi, et dans une consultation destinée à faire revenir la Jurisprudence à la vérité, il présente, avec raison, son avis, « moins comme celui d'un jurisconsulte, que comme *la déclaration d'un témoin.* »

La Jurisprudence, à l'appui de son système, invoque, en troisième lieu, des arguments de textes : « Considérant, dit-elle, que cette interprétation est confirmée par la différence des termes dont se sert le même article (Art. 25 de la loi de 1863, sur lequel a été copié notre art. 42) pour déterminer le droit des tiers et ceux des actionnaires; qu'après avoir dit que les administrateurs sont responsables envers les tiers, il ajoute « sans préjudice des droits des actionnaires », d'où il suit que les uns et les autres n'ont pas des droits égaux; — que par l'art. 27 (Art. 44 de la loi de 1867), les administrateurs sont déclarés responsables, conformément aux règles du droit commun, soit envers les tiers, soit envers la société, de tous dommages-intérêts résultant des infractions aux dispositions de ladite loi, et des fautes par eux commises dans leur gestion; — Que l'art. 25 serait superflu s'il n'avait pas une autre portée que l'art. 27; — Que du rapprochement de ces deux articles, on doit conclure que le législateur a voulu établir une responsabilité différente pour les cas différents; — Que, lorsque la société est annulée pour irrégularité dans sa constitution, les administrateurs sont tenus personnellement, envers les tiers, de toutes les dettes de la société, et passibles de dommages-intérêts à l'égard des actionnaires qui

ont éprouvé un préjudice; — Que, lorsqu'au contraire la société a été légalement constituée, les administrateurs sont uniquement responsables de dommages-intérêts, soit à l'égard des tiers, soit à l'égard des actionnaires, pour la réparation du dommage causé par leurs fautes. »

A cet argument, nous répondons tout d'abord que, si la loi était bien rédigée, on pourrait peut-être prendre en considération l'opposition des termes employés; mais, M. Griolet, qui approuve cependant la décision de la Jurisprudence, reconnaît lui-même, que les vices de rédaction ne doivent pas nous étonner dans une loi comme celle-ci, dont les travaux préparatoires sont incomplets, dont le texte est imparfait, où les négligences du style abondent. Un double emploi du même genre n'existe-t-il pas dans les articles 8 et 9 de la loi de 1867 ?

D'ailleurs, si les termes ont tant d'importance, pourquoi la Cour de Paris a-t-elle ajouté les mots : « de la totalité des dettes sociales », alors qu'ils avaient été retranchés du projet ? il me semble, au contraire, qu'en matière de responsabilités ou de peines, la loi est de droit étroit, et doit être interprétée littéralement. — Mais il y a plus, est-il bien exact de dire que les articles 42 et 44 feraient un double emploi, s'ils n'édicteraient pas des responsabilités différentes ? Je ne le pense pas : chacun des deux articles avait sa raison d'être. L'article 44 règle les responsabilités qui doivent être prononcées pour les fautes de gestion dont les administrateurs sont seuls coupables ; l'article 42 se rapporte aux responsabilités pour nullités, responsabilités qui s'appliquent non seulement aux administrateurs, mais encore aux fondateurs et aux associés dont les apports en nature n'ont pas été approuvés, ou l'ont été irrégulièrement.

gulièrement. — D'ailleurs la responsabilité de l'article 42 est plus rigoureuse que celle de l'article 44; elle est obligatoire et solidaire au moins à l'égard des fondateurs et des premiers administrateurs; celle de l'article 44 n'est que l'application du droit commun, elle est facultative pour le juge. Il y a de plus, dans l'article 42, une présomption légale de faute qui n'existe pas dans l'article 44.

Un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 9 mars 1874, (*D. 74. 1. 49.*), trouvant insuffisante l'argumentation de l'arrêt de Paris de 1869, soutient une nouvelle thèse. La responsabilité résulterait à la fois de deux idées : pénalité sévère édictée par la loi, et obligation indéfinie résultant de la société de fait et qui remplace l'anonymat annulé : « Attendu, dit l'arrêt, qu'en soumettant la formation des sociétés à des formalités strictement tracées, et en imposant aux fondateurs et aux administrateurs le devoir de veiller à l'observation des règles qu'elle édictait, la loi a dû donner à ses dispositions *une sanction efficace, et proportionner sa sévérité* à l'importance du but qu'elle voulait atteindre; que si le législateur s'était borné à reconnaître que les fondateurs étaient tenus de réparer le préjudice occasionné par leur faute, cette responsabilité de droit commun n'aurait pas besoin d'être édictée; qu'en les déclarant responsables envers les tiers, la loi a évidemment voulu leur imposer une responsabilité plus étendue que la responsabilité ordinaire.— Attendu que cette responsabilité doit, *en vertu de son principe*, s'étendre à la totalité des dettes; qu'en effet, les fondateurs, étant responsables de la nullité, se trouvent substitués à l'être moral... etc. »; suit la phrase invariable de la Cour de cassation.

Cette nouvelle théorie présente tout d'abord une

contradiction entre deux idées absolument exclusives l'une de l'autre : la responsabilité résulte ou des principes civils, ou de l'idée d'une peine ; mais elle ne peut résulter à la fois de l'une et de l'autre source. Si le législateur a rendu les fondateurs indéfiniment responsables pour les punir d'avoir constitué une société nulle, c'est que les principes du droit civil ne leur imposait pas déjà cette responsabilité. Nous avons vu, qu'en droit civil, la théorie de la Jurisprudence était inadmissible, il nous sera facile de démontrer que les principes du droit pénal conduisent à la même solution. Il est de règle que les peines ne se présument pas et qu'elles ne peuvent être appliquées qu'autant qu'un texte les édicte formellement ; l'intention, même évidente du législateur, de les prononcer, ne servirait à rien si la peine n'était pas inscrite dans la loi ; or, aucun texte ne rend les fondateurs responsables de tout le passif social ; nous avons même démontré que l'intention du législateur avait été d'écarter cette solution d'une rigueur par trop excessive. La théorie de la cour de Bordeaux se heurte à un autre principe de droit pénal, c'est que, dans notre législation, jamais les peines ne profitent à la partie lésée. Or, en suivant la Jurisprudence, on arrive à accorder aux tiers une réparation supérieure au préjudice résultant de la faute commise et de l'annulation de la société qui en est une conséquence : c'est faire revivre les actions *pœnæ persequendæ* du droit romain.

M. Griolet, l'annotateur de l'arrêt de la Cour de Paris, se prononce pour la responsabilité indéfinie des dettes sociales ; mais ce n'est pas pour les motifs de l'arrêt qu'il trouve mauvais, et réfute, c'est pour une raison qui lui est propre, et qu'il tire de la

comparaison des trois lois sur les sociétés rendues en 1856, en 1863 et 1867. Voici son argumentation :

En 1856, le législateur pour obliger les membres du conseil de surveillance à procéder à la constitution régulière de la société, les associe à la responsabilité du gérant, en les déclarant *responsables solidairement et par corps* de tout le passif social (art. 7); mais cette responsabilité était *facultative* pour le juge. Quand la loi de 1863 a été votée, la disposition de la loi de 1856 subsistait encore; lorsque la société en commandite par actions était annulée pour vice dans sa constitution, les simples membres du conseil de surveillance étaient solidairement responsables de la totalité des dettes sociales; pouvait-on se montrer moins sévère à l'égard des fondateurs et premiers administrateurs des sociétés à responsabilité limitée, dont les devoirs sont plus stricts, et qui sont les auteurs directs de la nullité de la société, qu'à l'égard de simples membres d'un conseil de surveillance, auxquels on ne peut reprocher qu'une chose, ne pas avoir empêché le fonctionnement d'une société irrégulièrement constituée? L'article 25 de la loi de 1863, comme l'art. 7, déclarait les administrateurs *responsables solidairement et par corps*, sans ajouter, il est vrai, « de tout le passif social »; mais cette idée résultait implicitement de la nécessité d'imposer aux administrateurs des sociétés nouvelles une responsabilité au moins égale à celle qui incombait alors aux conseils de surveillance. Sans doute, la loi de 1867 a modifié la disposition de la loi de 1856 à l'égard des conseils de surveillance des commandites, mais le législateur de 1867 a reproduit exactement, dans l'art. 42, les expressions de l'art. 25 de la loi de 1863; il n'est donc pas possible d'admettre que les

mêmes expressions aient, dans la loi de 1867, un sens autre que celui qu'elles avaient dans la loi de 1863.

A cette argumentation, on peut faire deux réponses : d'abord, si la responsabilité des administrateurs était, en 1863, moindre que celle des conseils de surveillance, elle était obligatoire pour le juge, tandis que l'autre n'était que facultative, ce qui est un moyen de rétablir la proportion dans l'application. D'un autre côté, l'esprit du législateur de 1863, et *a fortiori* de 1867, était tout différent de celui qui le guidait en 1856. La loi de 1856 était une loi de réaction violente contre les abus des commandites, aussi se montrait-elle d'une rigoureuse sévérité. Mais, en 1863, on voulait favoriser l'esprit d'association et inaugurer un régime de liberté ; il n'est donc pas étonnant que le législateur se soit montré plus clément pour les administrateurs des sociétés nouvelles, qu'il ne l'avait été, en 1856, pour les membres du conseil de surveillance, envers lesquels il avait d'ailleurs dépassé la mesure, comme il l'a reconnu en 1867.

Mais, il y a mieux ; le rapprochement de l'art. 42 avec l'art. 8 de la loi de 1867 fournit la preuve que notre doctrine est celle du législateur de 1867.

L'art. 8 de la loi de 1867, modifiant l'art. 7 de la loi de 1856, dispose que les membres du conseil de surveillance d'une commandite annulée pour vice de constitution ne sont responsables que des conséquences dommageables de l'annulation, et que « *cette même responsabilité* pourra être prononcée contre ceux des associés dont les apports en nature n'ont pas été vérifiés et approuvés. »

Or, l'art 42, en matière de sociétés anonymes, dispose également que la *même responsabilité solidaire* des fondateurs et administrateurs « peut être pronon-

cée contre ceux des associés dont les apports en nature n'ont pas été vérifiés et approuvés. » Il serait étrange que, pour les associés, ayant fait des apports en nature, la responsabilité variât suivant qu'ils sont dans une commandite par actions ou dans une société anonyme; leur situation et leur faute sont les mêmes. Les mêmes responsabilités doivent être édictées dans l'art. 8 et dans l'article 42; la responsabilité est la même pour les fondateurs, les administrateurs et les apporteurs, elle doit donc être limitée au préjudice résultant de la nullité de la société.

Pour terminer, nous ne pouvons mieux critiquer le système consacré par la Cour de Cassation, qu'en faisant apparaître les conséquences auxquelles il conduit. Ce système, nous l'avons vu, est contraire à cette règle de justice et d'équité naturelle, si hautement consacrée par le Code civil, qui, d'une part, n'accorde réparation que s'il y a faute commise, et, d'autre part, mesure toujours cette réparation au préjudice éprouvé.

Or, si nous condamnons, dans tous les cas, les fondateurs à payer à un créancier tout ce que celui-ci n'a pu toucher dans la liquidation, nous consacrons ce résultat exorbitant de l'enrichir aux dépens d'autrui; s'il ne justifie pas que la nullité de la société, lui ait causé préjudice, on lui donne plus que ce sur quoi il comptait; il n'avait compté que sur la société et on lui donne un deuxième débiteur. Par suite, le système de la Jurisprudence aboutit à cette conséquence bizarre, que le crédit de la société anonyme va se trouver en raison inverse de sa régularité. Les créanciers ne devront pas désirer qu'elle soit valable; ils auront, au contraire, intérêt à ce qu'elle soit nulle. Valable, ils n'auraient pour garan-

tie de leurs créances que le capital social; nulle, ils auront, pour assurer leur paiement, outre le capital social, toute la fortune personnelle de chacun des fondateurs. Enfin, l'exagération des responsabilités porte une entrave considérable au développement du commerce et de l'industrie. La crainte d'une responsabilité personnelle et indéfinie éloignera de la fondation et de l'administration des sociétés anonymes les hommes honnêtes et expérimentés dont le concours doit former la plus sûre garantie des intérêts engagés; l'esprit d'association sera découragé, la constitution des sociétés anonymes deviendra plus difficile, et leur administration risquera d'être abandonnée à des gens qui, n'ayant rien à perdre, seront plus audacieux, et souvent moins scrupuleux.

Avec la Jurisprudence, il peut arriver que des fondateurs honnêtes et capables, ayant constitué une société sans qu'aucune cause de nullité n'ait apparu à l'origine, se voient poursuivis longtemps après, parce qu'une nullité qu'ils n'avaient pu prévoir, ou qu'une Jurisprudence récente a créée, viciait la société. Ils vont payer tout le passif, encore que ce soit d'autres administrateurs inhabiles ou malhonnêtes qui l'aient créé. Ils subiront ainsi les suites des fautes de leurs successeurs. Quelle menace permanente pour les fondateurs, et par suite, quelle entrave au développement des sociétés! Et cependant, à notre époque, où la lutte économique entre les nations prend des allures si menaçantes, et dans notre pays, où les grandes fortunes individuelles sont de plus en plus rares, il importe au plus haut chef à la prospérité de la France de savoir manier et grouper les capitaux.

La doctrine tout entière, sauf quelques très rares

exceptions (1), s'est prononcée d'une façon très énergique en faveur du système que nous adoptons, en limitant la responsabilité au préjudice causé. Au contraire, la Jurisprudence, depuis 1869, s'est de plus en plus fixée dans le sens que nous combattons; elle considère aujourd'hui comme un principe incontestable la responsabilité indéfinie. (Voir notamment, parmi de très nombreux arrêts, *Cass. req.*, 21 octobre 1890. *Rev. soc.* 90 - p. 560).

Nous avons cependant constaté, non sans un certain plaisir, que les protestations de la doctrine contre la responsabilité indéfinie, que l'on prétend faire résulter de l'article 42, ont été entendues à l'étranger. Dans une espèce où la loi française devait être appliquée, la Cour de Gand (21 juillet 1888) n'a pas craint, en face de la Jurisprudence française, de se prononcer pour la responsabilité limitée au droit commun. En lisant cet arrêt (*Rev. soc.*, 1889, p. 532), on est surpris de la justesse et de la fermeté du raisonnement, non moins que de la science des textes très bien rapprochés et commentés. La Cour de Cassation belge a confirmé cette doctrine par un arrêt du 16 mai 1889.

Quoiqu'il en soit, la Jurisprudence française est à jamais fixée, et nous en sommes réduits à protester, et à appeler de nos vœux une réforme législative qui consacre les vrais principes en matière de responsabilité, par un texte ne laissant subsister aucun doute sur son interprétation.

La Commission extra-parlementaire, constituée

(1) RIVIÈRE, Comment. de la loi de 1867, n° 274. — ROUSSEAU, *Quest. nouv.*, p. 115. — BEDARRIDE, *Soc. Com.*, T. 2, n° 478. — GRIOLET, note sous arrêt de Paris, du 28 mai 1869, *Sir.* 69. 2. 147. — LÉON CHOPPARD, (*Revue critique*, 1878, p. 72). — LYON CÆN et RENAULT, T. 1, p. 251. —

pour préparer un projet de loi sur les sociétés par actions, a tranché la question dans le sens d'une responsabilité limitée au préjudice causé par l'annulation (*art. 41 du projet*). Dans l'exposé des motifs du projet de loi, déjà voté par le Sénat, et présenté à la Chambre par M. Brisson (*Journ. soc. 1887. p. 219*), nous détachons le passage suivant, qui précise bien le caractère de la réforme proposée :

« Mais, n'est-ce pas trop que d'imposer à ces administrateurs, et même aux fondateurs coupables, la responsabilité de tout le passif, sans examen, quand même il serait évident que la ruine de la société n'a pas eu pour cause le vice qui a entraîné sa nullité ? Une société a été constituée, sans que le versement du quart fut réellement complet ; ce versement, en apparence complet, n'a été réalisé que quelques jours après. La société a fonctionné ; plus tard, elle a fait de mauvaises affaires, et elle est tombée en faillite. Quel rapport y a-t-il entre la nullité et la ruine sociale ? aucun ; cependant, les créanciers feront prononcer la nullité, et les fondateurs, sans distinction entre ceux qui ont pu être de mauvaise foi et ceux dont la bonne foi est proclamée par tous, et avec eux les premiers administrateurs, seront solidairement responsables de tout le passif... Cette Jurisprudence est contraire à l'esprit qui a présidé à la rédaction des lois de 1856, 1863, 1867. Cette question de responsabilité a toujours préoccupé les auteurs de ces lois, ils ont connu les craintes des intéressés, et ils se sont appliqués à les dissiper ; ils n'ont voulu imposer aux administrateurs et fondateurs des sociétés anonymes que des responsabilités légères, tant qu'ils se comporteraient en hommes honnêtes et de bonne foi. On ne trouvera dans les

dispositions qu'ils ont édictées aucune trace de cette idée de substitution, à l'égard des créanciers, des fondateurs et administrateurs de la société annulée. »

« C'est pour rentrer dans cet esprit, que le projet propose les dispositions qu'il nous reste à analyser. Les fondateurs à qui la nullité est imputable, doivent être condamnés solidairement, mais seulement aux dommages que les tiers et les actionnaires prouveront avoir été la suite immédiate et directe de l'annulation, de la cause de la nullité. Les fondateurs non coupables seront exonérés. »

« Les administrateurs en fonctions au moment où la nullité a été encourue, c'est-à-dire, le plus souvent, les premiers administrateurs, ne sont plus assujettis qu'à une responsabilité facultative pour le même dommage. Ainsi, les juges auront à examiner s'il y a eu faute de leur part. » (*Journ. Soc.* 1887, p. 219.)

Nous connaissons les deux grandes théories qui divisent profondément la doctrine et la jurisprudence sur l'étendue de la responsabilité, voyons à quelles conséquences pratiques aboutissent l'un et l'autre des deux systèmes.

Si la responsabilité s'étend à tout le passif social, elle profitera indistinctement à tous les créanciers de la société qui viendront tous au même rang, quelle que soit la date de leurs créances, qu'ils aient connu ou non la cause de nullité, qu'ils aient ou non pris part aux actes qui l'ont entraînée. La Cour de Paris, dans son arrêt du 28 mai 1869, aboutit nécessairement à cette conclusion. Dans notre système, au contraire, où la responsabilité doit être limitée au préjudice causé, il conviendra d'examiner en fait la situation de chacun des créanciers à l'égard desquels

la responsabilité variera suivant les circonstances. Ont-ils connu la cause de nullité qui viciait la société dans sa constitution ? on ne peut dire qu'il existe à leur égard un délit civil dont il est dû réparation; ils ne peuvent se plaindre du dommage qu'ils ont subi par suite d'une faute dont il connaissait l'existence au moment où ils ont traité avec la société. Ont-ils, en contractant, ignoré la nullité ? ils pourront se plaindre, si réellement elle leur cause un préjudice. A cet égard, on pourrait distinguer le cas d'une société annulée après la déclaration de faillite de celui où la société faisait de bonnes affaires, fatalement interrompues par l'annulation résultant d'un vice originaire. Dans ce dernier cas, évidemment, les créanciers qui n'auront pas été complètement désintéressés après la liquidation qui suit le jugement de nullité, pourront réclamer aux fondateurs le complément du montant total de leurs créances, s'ils démontrent que l'annulation de la société a compromis leur gage, en arrêtant l'exploitation sociale à un mauvais moment, et en empêchant une reprise possible des affaires, permettant à la société de payer intégralement ses créanciers. Au contraire, si la société a déjà été déclarée en faillite, on ne peut dire que le vice originaire a fait arrêter la marche sociale à une mauvaise époque; par le fait seul de la faillite, les opérations étaient arrêtées. De même, si la faillite résulte des mauvaises opérations faites par des administrateurs aventureux ou incapables, en principe, les créanciers ne pourront se plaindre. Toutefois, ils peuvent démontrer que les actes, qui ont amené l'annulation, leur causent un préjudice direct; il en serait ainsi pour le défaut d'approbation d'apports, dont la valeur exagérée aurait été réduite, ou

par la mise en mouvement de la société, sans que le capital ait été intégralement souscrit ou le premier quart versé; ces fautes ont pu, dès le début, gêner la marche de la société, être une des causes de sa faillite.

En somme, il s'agirait d'une question de fait dont l'appréciation appartiendrait aux tribunaux; les fondateurs seraient responsables de tout ou d'une partie seulement du passif social; ils pourraient même être exonérés de toute responsabilité, selon que le motif de l'annulation aurait, ou non, été la cause unique, ou l'une des causes des embarras financiers qui ont entraîné la ruine de la société.

La fameuse affaire de la Banque de Lyon et de la Loire (*Jal Soc.* 1883, p. 183 à 221), est très intéressante à consulter sur la question que nous étudions en ce moment, et, dans les plaidoiries, notre système est remarquablement soutenu; l'arrêt se prononce pour la solution invariable de la Jurisprudence, mais il est curieux de relater la façon dont M^e Desprez, avocat du syndic de la faillite, vient justifier la théorie de la responsabilité indéfinie: « Le syndic, dit-il, représente tous les créanciers; or, leur intérêt dans le procès n'est pas douteux. Le préjudice que leur a causé la constitution irrégulière de la Banque de Lyon et de la Loire est tellement évident, et d'une simplicité telle, qu'il est presque naïf de le démontrer. Le préjudice consiste en ce qu'ils n'auraient pas traité avec la société si elle n'avait pas existé; or, elle n'a eu d'existence en fait, qu'à la faveur d'irrégularités commises. Si les fondateurs et les administrateurs au lieu de passer outre, alors que l'intégralité des actions n'étaient pas libérée du quart statutaire, s'étaient arrêtés, les créanciers n'auraient jamais

contracté avec la société; c'est donc bien son existence entachée de nullité qui est cause de la lésion qu'ils éprouvent. »

M^e Desprez vient justifier le système de la Jurisprudence, et cependant, il reconnaît avec nous que les fondateurs et les premiers administrateurs ne doivent répondre que du préjudice causé par le vice constitutionnel de la société, puisqu'il s'attache à démontrer que le préjudice causé aux créanciers par la fondation irrégulière de la Banque est égal à la totalité du passif social; avec cette théorie, notre doctrine serait d'accord avec la Jurisprudence, si les créanciers parvenaient à démontrer, ce qui arrive souvent, que la faute des fondateurs a entraîné la faillite, et que le préjudice causé par cette faute s'étend à tout ce que les dividendes distribués par le syndic n'a pu leur payer sur le montant intégral de leurs créances.

Les décisions de la Jurisprudence trouvent donc leur excuse dans ce fait qu'elles se rencontrent le plus souvent avec les conclusions de l'équité. Mais, supposons une société ruinée par les folies ou les dilapidations d'administrateurs en fonctions depuis deux ou trois ans, après une période de dix années de prospérité pour la société; celle-ci est mise en faillite, puis on découvre une nullité dans sa constitution. N'est-il pas souverainement injuste, que les Tribunaux, en pareil cas, rendent responsables de toutes les dettes sociales les fondateurs qui y sont restés si absolument étrangers?

Un autre intérêt pratique existe entre les deux systèmes au point de vue de la façon dont l'action en responsabilité pourra être intentée par les créanciers. Nous supposons la société en faillite et les créan-

ciers se plaignant de ce que l'actif réalisé ne leur a procuré qu'une partie de leurs créances; ils ont demandé la nullité de la société entachée d'un vice originaire, et réclament aux fondateurs le paiement de ce qui leur est dû. Qui pourra intenter l'action en responsabilité? sera-ce le syndic qui représente la masse des créanciers, en tant qu'ils ont des intérêts communs? ou bien, faut-il que chaque créancier intente individuellement son action?

Lorsque les créanciers ont à faire valoir un droit qui leur appartient à tous indistinctement, lorsqu'ils sont tous intéressés, *ut universi*, c'est le syndic, leur mandataire légal, qui seul a le droit d'intenter l'action au nom de la masse. Si, au contraire, il y a lieu d'apprécier le préjudice dont chacun des créanciers souffre personnellement, le syndic n'a plus qualité pour agir, l'action doit être individuellement intentée par chaque créancier. « Attendu, dit un arrêt de Toulouse du 26 décembre 1876 (*D. 79. 1. 209*), que le syndic ne peut être reçu à agir dans l'intérêt de la masse, que lorsque la masse est elle-même intéressée tout entière, et lorsqu'elle a les mêmes droits et les mêmes intérêts; qu'il n'a pas le droit d'agir dans l'intérêt des créanciers de la faillite, lorsque chacun de ces créanciers a des intérêts distincts, des droits qui peuvent différer, et qui doivent résulter pour eux des circonstances particulières; qu'il ne doit point être admis à agir au nom de tous les créanciers, lorsqu'il s'agit d'un dommage qui ne peut être apprécié, et évalué pour chacun de ces derniers, que d'après les circonstances particulières à chacun d'eux, d'après leur situation personnelle et la connaissance plus ou moins exacte des faits et des actes qui ont pu leur être préjudiciables; que, si une somme quelcon-

que venait à être allouée au syndic agissant au nom de la masse des créanciers, à titre de dommages-intérêts, il lui serait impossible d'en opérer la répartition selon les droits de chacun, sans recourir à de nouveaux débats; que, dès lors, c'est à chaque créancier individuellement et non au syndic qu'il appartient d'exercer les actions auxquelles chacun peut avoir droit. » (*Conf. - Angers, 18 janv. 1869, D. 69. 2. 90. — Cass. civ. rej., 21 décembre 1875, D. 77. 1. 17*). — Appliquons ces principes très justes à la question qui nous occupe : si l'on admet, avec la Jurisprudence, que l'action en responsabilité, fondée sur l'article 42, appartient indistinctement à tous les créanciers, quels qu'ils soient, la masse est intéressée tout entière, car on ne conçoit pas un créancier, même non connu, envers lequel les fondateurs ne seraient pas responsables; le syndic, représentant légal de la masse, a donc, seul, qualité pour réclamer aux fondateurs le montant intégral de ce que les dividendes n'ont pu fournir aux créanciers. — C'est à ce résultat qu'aboutit l'arrêt précité de Paris du 28 Mai 1869. — Si, au contraire, la responsabilité est limitée au préjudice causé, il convient d'apprécier le dommage dont chacun souffre personnellement par la faute des fondateurs; il faut tenir compte des conditions dans lesquelles chaque créancier a traité, de l'époque de son contrat, de la connaissance qu'il pouvait avoir, en traitant avec la société, des nullités qu'il invoque aujourd'hui. Le syndic ne pourrait plus demander une condamnation au profit de toute la masse, chaque créancier devrait agir individuellement, les uns ayant droit au paiement intégral de leurs créances, tandis que d'autres n'obtiendraient qu'un paiement partiel, ou même verraient leur pré-

tention complètement rejetée par les juges, souverains appréciateurs des faits.

Il convient toutefois d'ajouter, qu'exceptionnellement, l'action en responsabilité pourrait appartenir au syndic, c'est lorsque le dommage éprouvé est égal pour tous les créanciers. Par exemple, il est démontré que la faute des fondateurs a, seule, été la cause de l'annulation de la société; la faillite est survenue parce que la société qui, en continuant ses opérations, aurait fait face à tous ses engagements, a dû être annulée dans un moment défavorable; dans ce cas, les fondateurs sont responsables de tout le passif social, et rien n'empêche le syndic d'intenter contre eux l'action qui doit procurer à chaque créancier le paiement intégral de sa créance.

On voit souvent le syndic de la faillite d'une société renoncer, par transaction, au droit de poursuivre les fondateurs pour vices de fondation. La Jurisprudence attribue à ces transactions un effet libératoire général à l'égard des créanciers; c'est la conséquence logique de son système. (*Paris, 3 janv. 1889, Journ. Soc. 1889, p. 307*). Nous adopterons la solution contraire.

Enfin, selon que l'on accepte l'une ou l'autre théorie, la solution sera différente au point de vue de la compétence du tribunal devant lequel sera portée l'action en responsabilité. Pour la Jurisprudence, le Tribunal de Commerce est seul compétent; c'est l'application de la théorie qui met les fondateurs et les administrateurs aux lieu et place de la société annulée, et qui les considère comme des associés en nom collectif, tenus personnellement, indéfiniment, solidairement et commercialement des dettes sociales; bien mieux, le tribunal pourra déclarer commerçants, et, par suite, mettre en faillite, les administrateurs

d'une société anonyme annulée, s'il est établi qu'ils avaient fait de la gestion des affaires sociales leur profession habituelle. (*Paris, 3 mai 1881, — La Loi du 28 mai 1881. — Cass. req., 19 février 1884, Paris, 26 novembre 1884, Journ. Soc. 1886, p. 682. — Voir aussi jugement d'Angers du 13 avril 1886, et note qui combat cette solution, Rev. soc. 1886, p. 469.*) Au contraire, si le fondateur n'est tenu que d'une responsabilité limitée au préjudice causé, le principe de cette responsabilité découle de ce qu'il a mal accompli le mandat qu'il avait reçu des actionnaires de fonder régulièrement la société; or, un mandataire, même d'un commerçant, qui engage sa responsabilité, soit à l'égard de son mandant, soit à l'égard des tiers, ne peut être poursuivi que devant le tribunal civil, car il n'agit pas commercialement pour l'exécution de son mandat. (*Bourges, 20 décembre 1870, D. 72. 2. 222.*)

Ajoutons, pour terminer, que dans l'un et l'autre système, si la solidarité existe au regard des tiers, la responsabilité des fondateurs et des administrateurs doit se régler entre eux sur la mesure de leurs fautes respectives, en établissant des différences existant dans la participation aux infractions commises. L'équité exige une pareille solution. (*Paris, 16 juillet 1869, D. 73. 1. 333. — Cass. 13 mars 1876. D. 77. 1. 49. — Trib. com. Grenoble, 3 février 1882, Journ. Soc., 82, p. 208*). Que si, les fondateurs et administrateurs ont participé ensemble à une faute commune par une coopération indivisible, sans qu'il soit possible d'assigner à aucun, dans la responsabilité collective et générale, une responsabilité particulière et limitée, tous doivent en supporter solidairement les conséquences (*Cass, 9 avril 1888, D. 89, 1.*

246), sauf le recours que nous avons admis au profit de ceux qui auraient payé au-delà de leur part virile, pour se faire rembourser tout ce qui excède cette part.

2° *Responsabilité envers les actionnaires.* — Les actionnaires ont, comme les tiers, une action en responsabilité contre les fondateurs, pour annulation de la société irrégulièrement constituée; ici, tout le monde est d'accord sur l'étendue de cette responsabilité; elle est limitée au préjudice causé par l'annulation de la société.

Les fondateurs ne sont responsables, conformément au droit commun, que de l'inexécution ou de l'exécution incomplète du mandat qui leur avait été confié. Par ces mots, « *sans préjudice des droits des actionnaires* », le législateur renvoie, dans l'art 42, à la règle générale de l'art. 1382 du Code civil, telle qu'elle est appliquée dans l'art. 44 de la loi de 1867.

Les Tribunaux doivent proportionner la responsabilité à la gravité du dommage souffert et de la faute commise, ils ont à cet égard le pouvoir d'appréciation le plus large. Ils auront à examiner si la nullité de la société a été étrangère à sa ruine, ou si elle en a été la cause déterminante. Quand le vice de constitution n'aura été pour rien dans sa perte, les fondateurs n'auront pas à supporter les suites d'une exploitation malheureuse, conduite par des administrateurs que les actionnaires ont eux-mêmes choisis; ceux-ci ne seront pas fondés à se plaindre, et à demander, de ce chef, des dommages intérêts à moins qu'ils ne démontrent que le vice, cause de la nullité, a occasionné une gêne, dans laquelle se trouvait la société, arrêtée dès l'origine dans ses opérations par l'insuffisance du ca-

pital ou l'exagération des apports. Si, au contraire, la société est *in bonis* au moment de la déclaration de nullité, les actionnaires feront valoir, avec raison, le préjudice résultant pour eux de la dissolution anticipée, de la cessation subite de l'entreprise à une époque défavorable, de l'obstacle apporté à la reprise des affaires lorsque la société, après avoir traversé une période critique, commençait une ère de prospérité. Il faudra tenir compte, également, de la part que les actionnaires eux-mêmes ont prise à la faute commune; ils ont joué un rôle dans la constitution de la société; ils ont été appelés, dans les assemblées générales, à examiner les éléments constitutifs de la société, à vérifier les apports, à contrôler les dires des fondateurs; ils ont pu accorder leur adhésion, soit par négligence, soit par connivence, et même connaître, en fait, la nullité de la société et la ratifier par leur silence. Le montant de la réparation due par les fondateurs sera diminuée de tout ce qui, dans le préjudice, est imputable aux actionnaires eux-mêmes.

Cette responsabilité est-elle solidaire comme à l'égard des créanciers? Certains auteurs, la faisant dériver, non de l'art. 42, mais du droit commun prévu dans l'art. 44, laissent la solidarité à l'appréciation du juge. A mon avis, la solidarité existe au profit des actionnaires contre les fondateurs, à raison de la nullité de la constitution, par ce motif que la faute commise a été commune. M. Mathieu, rapporteur de la loi, le reconnaît formellement : « La responsabilité solidaire des fondateurs peut être réclamée non seulement par les tiers, *mais encore par les actionnaires*, dans la proportion du préjudice causé par la nullité. » Et cette responsabilité solidaire au profit des

actionnaires a été proclamée par de nombreux arrêts. (*Paris*, 13 février 1882, *Journ. soc.* 1884, p. 369— *Nantes*, 20 juin 1885, *Journ. soc.* 1886, p. 581. — *Paris*, 10 juillet 1885, *Journ. soc.* 1886, p. 169. — *Cass.*, 18 mai 1885, avec les conclusions de M. le Conseiller Babinet, *Journ. soc.* 1886, p. 82.) D'ailleurs, si l'action est formée contre une partie seulement des fondateurs, ceux assignés pourront appeler en cause leurs co-intéressés, pour les faire condamner à supporter une part de la condamnation solidaire prononcée contre eux.

Nous avons dit qu'à l'égard des actionnaires, tout le monde était d'accord pour limiter strictement à la faute commise et au préjudice causé, le montant des condamnations à prononcer contre les fondateurs. La Cour de Cassation, à la suite de la Cour de Rennes, a fait une application remarquable de ces principes, en décidant que l'erreur, partagée par les actionnaires, peut être considérée comme une excuse suffisante pour faire écarter la responsabilité des fondateurs. Il a été jugé, à cet égard, (*Cass.* 15 juillet 1869) que la demande dirigée contre les fondateurs par les actionnaires, afin de restitution des sommes par eux versées sur le montant de leurs actions, peut être écartée par les juges du fond, lorsqu'il est constant, à leurs yeux, que les fondateurs, les administrateurs et les actionnaires, étaient tous persuadés, au moment où la société s'est formée, que le versement du quart en numéraire, dont l'absence est la cause de nullité, pouvait être remplacé par un transfert, au profit de la société nouvelle, d'actions d'une autre société en liquidation. Ici, les juges ont considéré que la faute, cause déterminante de la responsabilité, s'était trouvée annihilée par l'erreur

commune, et, poussés par l'équité, ils ont rejeté la demande des actionnaires; mais, remarquons que la solution serait tout autre, s'il s'agissait de tiers qui n'ont pu partager l'erreur, et qui n'ont point participé à la fondation de la société.

La Jurisprudence, qui avait admis la responsabilité solidaire des fondateurs envers les tiers pour le paiement de tout le passif social, aurait dû, poussant jusqu'au bout les conséquences des principes qu'elle avait posés, admettre la même solution, en ce qui concerne les actionnaires, et faire rembourser intégralement à ces derniers le montant des sommes qu'ils avaient versées. Les fondateurs sont substitués comme des associés en nom collectif, à l'être moral qui n'a pu se former, les sommes versées l'ont été sans cause, les actionnaires devraient pouvoir les répéter. La Jurisprudence n'a pas osé aller jusque là; elle se range du côté des vrais principes qu'elle n'aurait dû jamais abandonner à l'égard des tiers. « Attendu, dit-elle, que de la combinaison des articles 42 et 44 de la loi de 1867, il résulte que les fondateurs auxquels est imputable la nullité de la société, peuvent être responsables envers les actionnaires, mais *que cette responsabilité consiste uniquement dans l'obligation de réparer le préjudice causé aux actionnaires*; que, conformément à l'article 1382 du Code civil, il y a lieu de proportionner l'étendue de la responsabilité à l'importance du dommage souffert et à la gravité de la faute commise. » (*Paris, 16 juillet 1869; sur pourvoi, Cass. rej. 30 décembre 1872, D. 73. 1. 330*).

Mais comment établir l'importance du préjudice causé? Les actionnaires ne manqueront pas de dire : « Il ne fallait pas constituer la société contre les prescriptions légales, et l'on devait nous rendre l'ar-

gent versé lors de nos souscriptions plutôt que d'enfreindre la loi; cette restitution qu'on n'a pas faite alors, on nous la doit aujourd'hui. » La conclusion aboutirait à ce résultat : le remboursement intégral des actions. Ce raisonnement a été admis par la Chambre des requêtes de la Cour de Cassation dans un arrêt du 18 mai 1885, (*Jal soc.* 1886, p. 81). « Le préjudice résultant de la nullité, dit-elle, est *toujours nécessairement* égal aux fonds souscrits sans qu'il y ait lieu de rechercher si la ruine de la société et sa faillite ont été ou non occasionnées exclusivement par l'insuffisance du capital primitivement réalisé, ou par un concours d'autres fautes ou d'actes de mauvaise gestion ». S'il en était ainsi, une responsabilité inéluctable et indéfinie frapperait les fondateurs aussi bien à l'égard des tiers qu'à l'égard des actionnaires. Une pareille solution serait contraire aux principes et aux décisions de la Jurisprudence elle-même, au milieu desquelles l'arrêt précité reste unique. La Chambre civile a d'ailleurs démenti formellement, quelques jours plus tard, l'arrêt de la Chambre des requêtes, en décidant que l'action en responsabilité doit être rejetée si la nullité n'a contribué en rien à la ruine de la Société (*Cass. cir.* 3 juin 1865. *Rev. soc.* 1885, p. 466).

Il pourrait cependant se faire que le préjudice total vînt de la faute; par exemple, il s'agit d'une nullité provenant d'une déclaration mensongère sur les souscriptions et les versements, ou de manœuvres telles que, sans elles, les souscripteurs n'auraient pas adhéré au pacte social.

En pareil cas, le remboursement intégral des actions ne nous semblerait pas excéder la mesure de la responsabilité. C'est ce qui a été jugé par arrêt de

la Cour de Paris (*D. 73. 1. 333*) pour défaut de versement du quart sur toutes les actions; les fondateurs et administrateurs ont été condamnés solidairement à rembourser à l'actionnaire ce qu'il avait déboursé pour l'achat de ses actions, à la charge de leur remettre les titres contre ce remboursement.

Un arrêt rendu par la Cour de Nîmes, le 21 janvier 1881 (*D. 81. 2. 127*), nous paraît appliquer les vrais principes en cette matière, lorsqu'il rejette la demande formée par les actionnaires contre les fondateurs, attendu « qu'en fait, la mise en faillite de la société n'a pas été occasionnée par la nullité dont elle était atteinte, mais par des actes de gestion postérieurs; que les actionnaires ne souffrent aucun préjudice de cette nullité, et qu'au surplus, les fondateurs ne l'avaient pas mieux connue qu'eux; qu'ils en étaient bien eux-mêmes responsables en partie, puisqu'ils avaient accepté, sans protestation, la déclaration de versement du quart présentée par les fondateurs dans la première assemblée... » (*Conf. Paris, 28 juin 1888, Rev. soc. 1888, p. 470. — Toulouse, 23 mars 1887, Rev. soc., 87, p. 316. — Voir les conclusions conformes de M. l'Avocat-Général Tallon, admises par la Cour de Lyon, le 9 février 1883, dans l'affaire de la Banque de Lyon et de la Loire. Journ. soc., 1883, p. 148.*)

De nombreux arrêts qui ont condamné les fondateurs et les administrateurs de sociétés annulées à payer des dommages-intérêts aux actionnaires ont appliqué cette idée que le préjudice causé n'est pas forcément égal au montant des versements. Notamment, la Cour de Paris (28 avril 1887, *Journ. Soc., 1889, p. 372*) a décidé, que « la responsabilité encourue pour la nullité de la société envers les actionnai-

res doit être appréciée d'après les règles du droit commun. En conséquence, elle ne doit être prononcée que s'il est démontré tout à la fois, que le préjudice provient des causes mêmes qui ont vicié la constitution de la société, et qu'il existe une relation directe entre ce préjudice et la faute commise. » (*Conf. Cass. 13 janvier 1882, D. 83. 2. 73. -- Lyon, 12 mars 85, D. 86. 2. 136. — Paris, 24 novembre 1887, Rev. Soc., 89. p. 134.*)

Signalons enfin un arrêt de la Cour de Paris du 10 mars 1885 (*Rev. Soc., 85, p. 481*) qui s'applique à l'hypothèse d'un porteur d'actions, ayant acquis ses titres après la constitution irrégulière de la société. En principe, l'acquéreur d'actions est investi, par suite de son achat, de tous les droits attachés aux titres, et par suite de l'action en responsabilité contre les fondateurs à raison d'actes délictueux, commis lors de la constitution de la société; mais l'arrêt précité a décidé que les fondateurs ne pouvaient être condamnés, si les faits dont se plaignait l'actionnaire ne lui avaient causé aucun préjudice, par exemple, s'il n'était devenu propriétaire des actions qu'après la ruine consommée de la société. Nous approuvons sans réserve cette Jurisprudence, surtout s'il est démontré que les demandeurs ne se sont rendus cessionnaires d'actions dépréciées, qu'en vue du procès à intenter. Il est aussi moral, que juridique, de déjouer les tentatives de chantage, en défendant au premier venu de ramasser sur le marché une action sans valeur, et de s'en faire une arme contre les fondateurs de la société, en les menaçant d'une action en nullité et en responsabilité, voire même de poursuites correctionnelles.

Comment les actionnaires pourront-ils exercer l'ac-

tion en responsabilité contre les fondateurs par la faute desquels la société a été annulée? La doctrine et la jurisprudence ont, depuis plusieurs années, soigneusement distingué deux sortes d'actions dirigées par des actionnaires contre les fondateurs ou les administrateurs de sociétés anonymes: 1° *l'action individuelle «ex delicto»*, basée sur l'art. 1382 C. Civ, née à l'occasion d'opérations ou d'agissements particuliers, ayant causé directement préjudice, soit à quelques actionnaires seulement, soit à tous, mais dans des proportions inégales pour chacun des membres de la société. Par exemple, à la suite de manœuvres pratiquées à son détriment, un actionnaire a été induit à souscrire, à devenir membre de la société ; — 2° *l'action sociale « mandati »*, appartenant à l'être collectif; elle est fondée sur la responsabilité encourue à raison de fautes commises dans l'accomplissement de leur mandat, par les mandataires de la société. Par exemple, les administrateurs, auxquels a été confiée la mission de bien gérer, se sont livrés à des opérations imprudentes ou frauduleuses qui ont amené la ruine de la société.

Lorsqu'on est en présence d'un tort distinct, causé à tels ou tels actionnaires pris en particulier, sans que tous les associés ne disent pas leurs intérêts lésés par un même chiffre, pas de difficulté. L'action est certainement *individuelle*, elle appartient respectivement à chaque actionnaire dans la mesure de sa lésion. Dès l'instant où il s'agit de l'exercice personnel d'un droit, aucun pouvoir social, aucune assemblée générale ne saurait enlever à l'associé lésé son droit à une indemnité; si la société tombe en faillite ou est mise en liquidation, le syndic et le liquidateur ne peuvent, par une renonciation ou une transaction,

ni l'épuiser ni l'affaiblir. (*Voir Paris, 16 avril 1870, D. 70. 2. 122. — Cass., 3 décembre 1883, D. 84. 1. 339 et notes.*)

La question est plus délicate, lorsqu'il s'agit de l'action née de la nullité, et résultant d'un vice de constitution. Des auteurs, et un certain nombre d'arrêts, lui reconnaissent le caractère d'action sociale en partant de ce principe, qu'elle a pour but de réparer un préjudice résultant, pour la société tout entière, de fautes commises par les fondateurs dans l'exécution du mandat de constitution.

Les premiers souscripteurs, ne pouvant justifier, ni d'un tort distinct de celui souffert par la société, ni de manœuvres dirigées individuellement contre eux-mêmes, exercent donc une action appartenant à la société. En partant de cette idée, on voit s'élever de nombreuses questions, ayant donné lieu à de graves et difficiles controverses. Si l'action est sociale, appartient-elle aussi à des actionnaires isolés? Si l'on admet que cette action est ouverte, en principe, à des actionnaires isolés, ne la perdent-ils pas, quand l'assemblée générale a donné *quitus* aux fondateurs en faute? En cas de faillite ou de liquidation, l'actionnaire peut-il exercer l'action en son nom personnel? Cette action n'est-elle pas atteinte par une transaction conclue avec le liquidateur et le syndic de la faillite? Je me garderai bien d'entrer dans le détail de ces controverses, car j'admets un point de départ tout différent, à savoir, que l'action en réparation, née au profit des actionnaires, de la nullité de la société, doit être considérée comme une *action individuelle*.

A mon avis, l'action sociale se rencontrera lorsque sera mise en jeu la responsabilité des administrateurs pour *faits de gestion*, mais non, lorsqu'il s'agit

de *faits de fondation*. Comme son nom l'indique, l'action sociale appartient à la société, c'est-à-dire à un être moral qui est régulièrement constitué; elle est dirigée contre des personnes que cet être moral *s'est choisies lui-même* comme représentants; et qui doivent lui rendre compte de l'exécution plus ou moins habile et fidèle de leur mission; elle suppose un contrat préalable formé entre la société elle-même et ses mandataires. De là vient, que si ces préposés commettent des fautes, la société tout entière est lésée, et par suite chaque actionnaire subit un préjudice égal; dès lors la société, dans ses assemblées générales, pourrait relever ses administrateurs des suites de leur responsabilité, et éteindre, par là même, tout exercice individuel de l'action sociale, si l'on accorde cet exercice à des associés pris isolément.

Il n'en est plus de même à l'égard des vices de constitution qui ont motivé la nullité. Un préjudice a été causé aux actionnaires, mais est-il égal pour tous? Nous avons vu qu'il s'agissait, dans l'espèce, d'un dommage qui ne peut être apprécié et évalué par le juge, que d'après les circonstances particulières à chacun des associés, d'après leur situation personnelle, et la connaissance plus ou moins exacte des faits et des actes qui ont pu leur être préjudiciables. En admettant même que tous les souscripteurs subissent un tort égal, comment peut-on qualifier de sociale, une action basée sur ce que la société n'a pas pu se former? Ce n'est plus ici la collectivité, l'être moral, qui a fait un pacte avec certaines personnes déterminées, c'est chaque actionnaire qui, en signant le contrat de souscription, a donné aux fondateurs mandat de constituer régulièrement la société; les actionnaires n'ont pas abdiqué leur individualité, et

puisque la collectivité est nulle et n'a pu être fondée, l'action *mandati* ne peut que reposer respectivement sur la tête de chaque souscripteur. Dans ces conditions, la société, par l'entremise d'une de ses assemblées délibérantes, ne saurait renoncer à un droit de poursuite appartenant à des personnes distinctes d'elle-même (*Lyon*, 8 mai 1884, *D.* 84. 2. 219); de même, dans l'hypothèse d'une faillite, (éventualité possible vis-à-vis des créanciers auxquels la nullité est inopposable), nul arrangement pris avec le liquidateur et le syndic, de quelque nom qu'on le colore, n'aurait la vertu de dépouiller les actionnaires de leur action. Celle-ci est née avec un caractère *individuel* et est restée telle en dépit des événements. (*En ce sens: Thaller, exam. doct. Rev. crit.* 1886. — *Lyon*, 9 février 1883, *D.* 83. 2. 113. — *Cass. Req.* 18 mai 1885, *Journ. Pal.* 85, p. 1137. — *Contrà: Lyon*, 12 mars 1885, *affaire Banque de Lyon et de la Loire*).

§ 2. — Responsabilité pénale des Fondateurs

A côté de la responsabilité civile que nous venons d'étudier, il convenait de frapper pénalement certains actes des fondateurs qui apportent plus particulièrement le trouble à l'ordre social; aussi le législateur a-t-il puni de peines correctionnelles les contraventions les plus graves aux dispositions de la loi sur la constitution des sociétés.

L'art. 13 § 1 de la loi de 1867 punit d'une amende de 500 à 10000 francs, ceux qui *émettent* « des actions ou des coupons d'actions d'une société constituée contrairement aux prescriptions des art. 1, 2 et 3 de la loi. » Or, ces articles prescrivent : 1° la division du capital-actions en coupures de 500 fr. au moins, si le capital est supérieur à 200,000 fr., et de 100 fr. au moins, s'il est inférieur à cette somme ; 2° la souscription intégrale du capital social avant la constitution de la société ; 3° le versement par chaque actionnaire du quart du montant de sa souscription ; 4° la constatation de cette souscription intégrale et de ce versement du quart dans une déclaration notariée faite par les fondateurs ; 5° le versement de la moitié du capital avant la conversion des actions en titres au porteur, quand les statuts l'autorisent. Lorsque les actions sont émises sans que ces formalités aient été remplies, les fondateurs sont passibles de l'amende prévue par l'art. 13.

La loi parle d'*émission* ; ce mot n'est pas synonyme de souscription ; en effet, au moment où les actions sont souscrites, les formalités prescrites par les art. 1, 2 et 3 ne sont pas toutes remplies. Ce que la loi entend par *émission*, c'est la mise en circulation des titres d'une société nulle. En sorte que, si la société ne met pas ses titres en circulation, les fondateurs ne peuvent être poursuivis correctionnellement ; le délit est commis au moment où l'on remet les titres définitifs et négociables, qui présentent la société comme légalement établie, alors qu'elle ne l'est pas. (*Cass. 23 juin 1883*).

Il y a donc une grande différence entre le fait puni par la loi, et la nullité de la société. L'art. 13 ne punit pas les fondateurs pour avoir constitué une société

nulle, mais pour avoir lancé dans le public des titres d'une société nulle. Il en résulte qu'une société peut très bien être annulée comme irrégulièrement constituée, sans que ses fondateurs puissent être atteints par les dispositions pénales de la loi de 1867. Ainsi, l'art. 13 ne s'occupe ni des nullités de la société ayant leur source dans le droit commun, ni de celles qui résultent de la non vérification, ou de l'approbation irrégulière des apports en nature. Dans ce cas, le législateur a pensé que le trouble social est moins considérable; il a estimé qu'une société, ayant son capital souscrit en entier et réalisé pour un quart, présentait assez de solidité et assez de chances de constitution définitive pour permettre l'émission même avant la double réunion de l'assemblée générale.

Il en serait de même si les fondateurs, avant la souscription intégrale du capital social et le versement du quart sur chaque action, remettaient aux souscripteurs des récépissés provisoires, même au porteur, sans déclarer sur ces titres que la société est constituée; à ce moment, il n'y a que de simples mesures préparatoires ne présentant pas les caractères de l'émission des récépissés et bien moins dangereuses, puisqu'eces titres révèlent par eux-mêmes que la société n'a encore qu'une existence précaire (*Cass. Crim.* 8 février 1861, *Pal.* 1862.)

Le fait, prévu et réprimé par l'art. 13 § 1, constitue-t-il un véritable délit, ou simplement une contravention? Le code pénal distingue les délits des contraventions par la gravité et la nature de la peine appliquée: toute infraction punie de peines correctionnelles est un délit, celle qui n'est atteinte que d'une peine de simple police est une contravention. Or, la contravention est un fait purement matériel, dont la cons-

tation entraîne fatalement et nécessairement une condamnation, sans qu'il y ait lieu de rechercher l'intention frauduleuse; au contraire, tout délit suppose l'intention coupable, sans laquelle il ne saurait exister. On a prétendu que cette doctrine n'était pas applicable aux infractions réprouvées par certaines lois spéciales; que ces infractions, même punies de peines correctionnelles, avaient un caractère mixte et devaient être assimilées aux contraventions, en ce que le fait matériel suffisait pour les constituer, indépendamment de l'intention frauduleuse. De là, le nom de *délits-contraventions* qui leur a été donné. Il y aurait beaucoup à dire contre une pareille théorie; n'est-il pas contraire à toute justice de prononcer contre l'homme innocent, qui n'a agi que par ignorance ou légèreté, une condamnation qui le privera de sa liberté, ou portera une sérieuse atteinte à sa fortune? Néanmoins, sous l'empire de la loi de 1856, la Cour de Cassation l'a adoptée en ce qui concerne l'émission des actions d'une société en commandite, dans un arrêt du 11 août 1859 (*D. 59. 1. 472.*)

Le même principe, il faut bien le reconnaître à regret, paraît avoir inspiré le législateur de 1867. L'exposé des motifs et le rapport de la commission emploient les deux termes « délits et contraventions », pour qualifier les faits à réprimer. En ce qui concerne l'émission d'actions, l'exposé des motifs est même très explicite; le rapport dit en termes formels, que « l'intention coupable peut être complètement étrangère à ce fait, qui constitue une simple contravention. »

Sans doute, les circonstances atténuantes permettront de modérer la peine, mais il sera impossible d'éviter une condamnation quelqu'innocent que l'on

soit en fait. Il y a là, certainement, quelque chose d'excessif.

L'art. 15 de la loi 1867 vise directement les fondateurs, en punissant un délit qui peut se produire à l'origine des sociétés. « Seront punis des peines portées en l'art. 405 du Code pénal, sans préjudice de l'application de cet article à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie : 1° ceux qui, par simulation de souscriptions ou de versements, ou par publication, *faite de mauvaise foi*, de souscriptions ou de versements ; 2° ceux qui, pour provoquer des souscriptions ou des versements, auront, *de mauvaise foi*, publié les noms de personnes désignées, contrairement à la vérité comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque... » Les peines édictées sont l'emprisonnement de un à cinq ans, une amende de 50 à 300 fr., et, facultativement pour le juge, l'interdiction des droits civiques et de famille, énumérés par l'art. 42 du Code pénal.

Toute escroquerie, commise en matière de société, tombe sous l'application de l'art. 405 du Code pénal ; mais le législateur a voulu frapper directement certains faits coupables qui se commettent souvent dans la fondation des sociétés, et qui, en fait ne présentent pas toujours les caractères constitutifs de l'escroquerie. Ainsi, le simple mensonge est constitutif du délit, indépendamment des manœuvres spéciales exigées par l'art. 405 du Code pénal. De même, l'art. 405 punit ceux qui « *se sont fait remettre* ou délivrer des fonds » ; il exige donc la remise à l'auteur même du délit ; au contraire, dans l'espèce actuelle les manœuvres des fondateurs n'ont pas eu pour but direct leur avantage personnel, les fonds seront remis, non à eux, mais à la société. Il est vrai que dans la pra-

tique l'intérêt personnel des fondateurs, dans la société, est ordinairement assez important pour qu'on puisse considérer le délit comme ayant été commis dans l'intérêt de son auteur.

Les faits spécifiés par l'art. 15 constituent des délits et non plus des contraventions, puisque la loi exige la mauvaise foi; on ne pourra donc poursuivre que ceux des fondateurs qui, en publiant des annonces mensongères, connaissaient la fausseté de ces allégations.

Remarquons qu'il y a délit punissable s'il s'agit seulement de faits précis, contraires à la vérité; dès lors, les promesses brillantes de bénéfices ultérieurs, l'assurance d'une prospérité certaine, et autres réclames des prospectus, non accompagnées de faits faux cités à l'appui, ne constitueraient pas des manœuvres punies par la loi. C'est au public à ne pas se laisser prendre aux réclames pompeuses de la quatrième page des journaux; il doit être assez intelligent pour savoir apprécier, à leur juste valeur, des promesses séduisantes, ne devant réussir qu'auprès des imprudents ou des imbéciles.

Enfin, les principes de la complicité seront applicables toutes les fois qu'il y aura lieu; et, à ce propos, il n'est pas inutile de rapporter l'un des modes les plus fréquents de complicité, tel que l'a défini l'art. 60 du Code pénal. Le troisième paragraphe de cet article considère comme complices, « ceux qui auront, *avec connaissance*, aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs de l'action, dans les faits qui l'auront préparée ou facilitée, ou dans ceux qui l'auront consommée. »

§ 3. — Prescription des actions en responsabilité

La loi de 1867, les lois antérieures, ne s'occupent pas de la prescription des actions en responsabilité dirigées contre les fondateurs, et la solution de cette question n'est pas sans offrir d'assez graves difficultés. Jusqu'à ces dernières années, elle s'était rarement posée devant les Tribunaux; mais lorsque, poussés par les bénéfices qu'ils retiraient du système de la Jurisprudence, les créanciers, les syndics de faillite et les actionnaires usèrent et abusèrent des nullités, pour obtenir des fondateurs et administrateurs le paiement intégral de leurs créances, ou le remboursement de leurs actions; ces derniers, pour éviter cette responsabilité écrasante, cherchèrent à se retrancher derrière la prescription.

Par quel laps de temps se prescrit l'action en responsabilité? La raison de douter résulte de ce que les art. 637, 638 et 640 du Code d'Inst^m Cr. règlent la prescription de l'action publique et de l'action civile résultant d'un fait délictueux, soit que l'action civile soit intentée devant les Tribunaux répressifs, accessoirement à l'action publique, soit qu'elle soit introduite par voie principale devant les Tribunaux civils; il est admis qu'une même et unique prescription s'applique et pour l'action civile et pour l'action publique. Ainsi que le fait remarquer M. Villey (*Sir. 1878. 1. 97*), « la vraie, la seule explication qu'on puisse donner de cette abréviation anormale de la prescription de l'action civile résultant d'un fait délictueux, c'est le scandale public, c'est l'atteinte pro-

fonde à l'autorité de la loi qui résulterait d'une déclaration judiciaire de culpabilité, devant laquelle la justice pénale resterait nécessairement, l'action publique étant éteinte, impuissante et désarmée.»

Les agissements des fondateurs pouvant engager leur responsabilité constituent souvent des délits, faut-il appliquer la prescription triennale? Il est curieux de suivre, à cet égard, les diverses phases de la Jurisprudence. Au 24 juin 1875, la Cour de Paris rejette la demande de l'actionnaire par application de l'art. 638. La Chambre des requêtes se prononce contre les fins du pourvoi. (7 mars 1877. P. 78. 241). Aussitôt après, un revirement se dessine; il est cruel d'enfermer dans un aussi bref délai les réclamations des intéressés. Au 14 décembre 1880 (*J^{al} Soc.* 81. p. 28), la demande de l'actionnaire est accueillie par la Cour de Paris, parce que « l'action prend sa source dans les dispositions du droit civil, et que l'art. 638 n'a d'application qu'autant que l'action a pour base unique, exclusive, un crime ou un délit. » La Cour s'est laissée entraîner par l'intérêt des créanciers et des actionnaires, mais il faut également tenir compte de l'intérêt des fondateurs et administrateurs qui ne peuvent raisonnablement être poursuivis à raison d'une nullité, apparue, vingt ans peut-être, après la création de la société. Saisie à nouveau de la question, la Cour de Paris, le 5 décembre 1881, confirme un jugement du Tribunal de commerce dans les motifs duquel l'art. 638 est repoussé, « parce qu'il n'y a pas seulement ici une responsabilité spéciale pouvant être couverte par la prescription, mais bien une faute lourde, et que l'art. 1382 oblige à réparer tout fait de l'homme causant à autrui un dommage. » Mais il me semble que l'action civile, résultant d'un délit, a pré-

cisément sa base dans l'art. 1382. L'année suivante (13 janvier 1882), la Cour, réformant un jugement du Tribunal civil, se prononce contre la prescription triennale, dans un langage évasif et peu clair: «l'action du syndic, loin d'avoir pour base unique et exclusive, un délit correctionnel, prend sa source dans les dispositions du droit civil. » D'autres arrêts ont suivi cette voie, et l'on peut dire, d'une façon générale, que la Jurisprudence écarte aujourd'hui la prescription par trois ans de l'action en responsabilité contre les fondateurs. (*Cass.* 8 juillet 1885, *J^{ur} soc.*, 85, p. 305.— *Orléans*, *Aud. sol.*, 24 juillet 1890, *Rev. soc.*, 1890, p. 522).

Pour résoudre les difficultés que soulève la question, il convient de faire des distinctions nombreuses.

En ce qui concerne la responsabilité pénale des fondateurs, incontestablement, l'action publique sera prescrite par trois ans. Nous ne devons nous occuper que de la responsabilité civile.

Tout d'abord, la nullité d'une société pour vice de constitution n'est pas toujours, et nécessairement, un délit; ainsi, la loi n'incrimine point les fautes elles-mêmes dont il est question dans les art. 1, 2 et 3 de la loi de 1867, mais simplement l'émission et la négociation des actions de la société irrégulièrement constituée; la loi, pour ces fautes, n'a établi qu'une sanction civile, la nullité. Si donc, il n'y a pas eu d'émission (cas d'ailleurs tout théorique), il n'y a pas de délit. La loi pénale ne prévoit pas non plus le défaut d'approbation des apports en nature et des avantages particuliers; il en est de même des causes de nullités prévues par les art. 23 et 25. Dans tous ces cas, l'action en responsabilité qui en découle, à la charge des fondateurs, se prescrit conformément au

droit commun. Elle ne durera cependant pas plus longtemps que l'action en nullité. Il est bien évident en effet, que si, à une époque quelconque, la société ne peut plus être annulée, l'action en responsabilité qui se fonde sur la nullité, prononcée au préalable, deviendra forcément irrecevable. Nous sommes donc amené à nous demander quelle est la durée de la prescription de l'action en nullité ?

Dans une première opinion, on soutient que cette action est imprescriptible; la société *étant nulle et de nul effet*, comme le dit l'art. 7, doit être considérée comme inexistante. Cette solution, qui serait vraie si le consentement des parties avait fait complètement défaut ou si le but social était immoral ou illicite, est au contraire inadmissible quand il s'agit, comme dans notre hypothèse, de l'omission des formalités initiales qui ont été créées dans un but de protection pour les tiers intéressés. Outre que la société continue à produire tous ses effets à l'égard des tiers, il est constant que la nullité, pour vices de constitution, n'opère pas de plein droit et qu'elle doit être judiciairement prononcée. Enfin, les associés, en cas d'inexistence, auraient seulement une action en répétition des sommes versées sans cause ou en revendication des biens apportés, or, il est certain qu'ils ne peuvent obtenir le montant de leurs mises qu'à titre d'indemnité. Si la société est simplement annulable, l'action en nullité doit tomber sous l'application inévitable et générale de l'art. 1304 C. civ. « Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans ». Nous dirons donc que, dans tous les cas où le vice de constitution ne comporte pas de sanction pénale, l'action en

nullité et l'action en responsabilité qui en découle se prescriront par dix ans.

La question se complique lorsque le fait qui vicie la société dans son origine a été érigé en délit par le législateur. Dans ce cas, il faut distinguer suivant que l'action en responsabilité est intentée par les créanciers ou par les actionnaires ; c'est que toutes les demandes en responsabilité ne se fondent pas sur les mêmes obligations : aucun lien contractuel ne lie les fondateurs aux créanciers, au contraire, les fondateurs sont les mandataires des associés.

En ce qui concerne les créanciers, la prescription triennale me paraît applicable ; ils réclament la réparation du préjudice causé par la nullité ; or, la nullité a été causée par un acte punissable correctionnellement ; on se trouve bien dans le cas de « *l'action civile pour réparation du dommage* », (art. 2. C. Inst. Cr.), qui se prescrit par le même délai que l'action publique. Les créanciers qui invoquent la nullité, invoquent le fait qui constitue le délit ; en poursuivant la réparation du préjudice que leur cause la nullité, ils sont bien obligés de relever le fait qui a causé cette nullité, fait puni par la loi. En un mot, leurs conclusions impliquent la demande en réparation d'un délit en réclamant des dommages et intérêts auxquels les demandeurs n'auraient pas droit sans l'accomplissement du fait délictueux. Remarquons qu'il n'en serait plus de même si l'on suivait cette théorie radicale, triomphant en Jurisprudence, d'après laquelle les fondateurs d'une société annulée sont assimilés à des associés en nom collectif ; à ce titre, ce ne serait pas des dommages-intérêts, « réparation du dommage », comme le spécifie l'art. 2. (C. Inst. Cr.), qu'ils auraient à payer, mais bien leur dette

propre et personnelle ; en conséquence, la prescription triennale devrait être écartée.

En ce qui concerne les actionnaires, diverses hypothèses sont à prévoir, en ne perdant pas de vue ce principe que l'action en responsabilité des actionnaires contre les fondateurs dérive du mandat.

En premier lieu, le vice, cause de la nullité, peut ne pas être un délit. Si la société était encore *in bonis* au moment où l'annulation a été prononcée, nous déciderons, conformément à ce qui a été expliqué plus haut, que dix ans après la constitution de la société, les fondateurs ont été déchargés de toute responsabilité (*art. 1304*), alors même que les actionnaires auraient laissé rendre le jugement d'annulation : les fondateurs sont des intéressés qui ont le droit d'invoquer la prescription « encore que le débiteur ou le propriétaire y renonce. » (*Art. 2222*). Si, au contraire, la nullité de la société a été prononcée après la déclaration de faillite, les actionnaires ne fondent pas leur action sur le préjudice causé par l'annulation, car il est nul ; ce qui leur cause un dommage, c'est l'irrégularité primitive commise, par exemple, le défaut d'approbation des apports a facilité des majorations qui ont amené la gêne dès le début des opérations et conduit la société à la faillite. Dans ce cas, l'action en réparation se fonde sur une faute dans l'accomplissement du mandat donné aux fondateurs de constituer régulièrement la société ; les mandataires seront tenus pendant trente ans.

En second lieu, la société a été annulée pour un vice de fondation constituant un délit à raison de l'émission des actions ; après trois ans écoulés depuis que la société est constituée, les actionnaires pourront-ils poursuivre les fondateurs en responsabilité ?

Ceux-ci leur répondront, comme aux créanciers, que l'action publique en réparation du délit qu'ils ont commis est prescrite, et qu'il doit en être de même de l'action civile ; quelle que soit la cause du préjudice dont ils demandent réparation, elle dérive toujours du même acte, d'un acte délictueux qui aurait permis aux actionnaires de poursuivre la réparation du préjudice causé devant les tribunaux correctionnels, si l'action publique n'était pas prescrite ; les deux actions ont donc été prescrites par le même délai.

Ce raisonnement ne me paraît pas fondé, car il ne tient pas compte d'un élément qui ne se rencontrait pas à l'égard des créanciers, l'existence d'un mandat antérieur donné par les actionnaires aux fondateurs. Il est admis que l'action civile qui ne tire pas son origine exclusive de l'infraction, mais a sa cause dans un droit préexistant, dans une convention liant les parties l'une à l'autre, reste soumise à la prescription ordinaire ; du moment que le droit existait, on ne voit pas comment un délit subséquent pourrait le limiter dans sa durée, convertir en prescription triennale une prescription trentenaire. On se prévaut alors du contrat, on ne déduit pas en justice un fait délictueux. La raison pour laquelle la loi a solidarisé les deux prescriptions, n'apparaît plus, car il ne sera pas nécessaire de révéler et de faire constater judiciairement un fait délictueux, en présence du ministre public désarmé pour en poursuivre la répression. En d'autres termes, il faut pour que la prescription criminelle soit acquise, que l'action prenne sa base unique dans le délit. Un exemple fera mieux saisir notre distinction : je confie une somme d'argent à un mandataire pour en faire un emploi déterminé ; ce mandataire doit me rendre compte, et j'ai, pour l'y

contraindre, l'action *mandati*, qui est une action civile. Si le mandataire dissipe la somme confiée, il commettra le délit d'abus de confiance, mais son infidélité n'ajoute rien à sa responsabilité civile et pécuniaire; j'ai toujours contre lui l'action de mandat; elle a pris naissance avant le délit, et peut se formuler sans qu'il soit nécessaire de rappeler le fait délictueux.

Appliquons ces principes à notre espèce. Les fondateurs, en s'adressant au public, ont proposé à ceux qui viendraient souscrire de faire, pour eux, office de mandataires, de constituer une société valable pour le compte des souscripteurs. Le mandat s'est formé dès que les actionnaires ont souscrit. Lorsque ceux-ci les assignent plus tard en dommages-intérêts, ils ne font que demander aux fondateurs de leur rendre compte; ils ne réveillent le souvenir d'aucun délit. Vous nous avez promis de constituer légalement une société, vous ne l'avez pas fait, vous êtes tenus de nous indemniser. Qu'il y ait eu vice de constitution, ou que l'œuvre de constitution ait été interrompue par insouciance, qu'un délit pénal ait été consommé ou non, les demandeurs ne s'en préoccupent pas; ils arguent d'un mandat qu'ils ont donné; le défendeur devra rendre compte, à moins qu'il ne prouve sa libération; or, il ne pourrait obtenir son renvoi qu'en démontrant la constitution régulière de la société, ce qu'il est précisément dans l'impossibilité de faire. Un arrêt de la Cour de Cassation, en date du 4 juin 1883 (*Journ. soc.* 84 p. 313), a, pour la première fois, écarté la prescription triennale, en invoquant cette idée, que la responsabilité découle des textes de la loi de 1867, et des dispositions du Code civil au titre du mandat. On peut observer aussi, qu'avec la théorie qui fait prescrire par trois ans l'action

civile lorsque le vice de constitution est un délit, un fondateur qui aurait commis un acte puni par la loi pénale, se trouverait dans une situation meilleure que celui qui a commis une simple faute; le fondateur, poursuivi en responsabilité civile après la prescription de l'action publique, aurait donc intérêt à s'accuser devant le tribunal. N'est-il pas choquant qu'un défendeur ait intérêt à prouver qu'il ait été malhonnête?

Dans tout ce qui précède, nous avons, en l'absence de dispositions formelles de la loi, appliqué constamment les principes généraux, sans chercher à expliquer rationnellement les conséquences auxquelles nous avons été conduits. Au point de vue pratique, nous aurions désiré que le législateur eût, dans tous les cas, édicté une prescription uniforme et plus courte: il est indiscutable qu'un délai de trente ans, dans une semblable matière, est aussi injuste que dangereux; l'équité, autant que les intérêts économiques, obligeaient les rédacteurs de la loi de 1867 à ne pas laisser trop longtemps planer sur les fondateurs et administrateurs des responsabilités très lourdes et qui, trop souvent, n'ont engendré que des abus. (1)

Le projet de loi adopté par le Sénat s'est préoccupé

(1) M. Bozérián, dans son rapport au Sénat sur le nouveau projet de loi, nous décrit ainsi ces abus: „ On avait vu, dans diverses villes, et notamment à Paris, se fonder des agences dont l'industrie consistait à aller prendre connaissance des actes de société déposés dans les greffes. Quand l'examen de ces actes avait révélé l'existence d'une irrégularité si minime, si indifférente qu'elle fût, les directeurs de ces agences se procuraient, par l'achat d'une action ou d'une créance, une arme de guerre contre la société. Munis de cette arme, devenue entre leurs mains un instrument de chantage, ils s'adressaient aux représentants de cette société, et quand ceux-ci refusaient de leur acheter leur silence, ils élevaient la voix, devant les tribunaux, et ceux-ci étaient forcés, à leur grand regret, d'accueillir les demandes d'annulation qui pouvaient se fonder, sinon sur un motif, du moins sur un prétexte légal. (*Journ. soc. 1885, p. 629.*)

de cette question de prescription que le législateur de 1867 avait abandonnée au droit commun. « Non seulement, nous dit M. Brisson, dans l'exposé des motifs du projet présenté à la Chambre (*Journ. soc.*, 1887, p. 221), le projet a voulu régler, par des dispositions plus précises, ces questions capitales de responsabilité, et les régler de manière à rassurer les fondateurs et administrateurs des sociétés anonymes, mais encore, il a voulu soumettre les actions en nullité résultant de la présente loi, et les actions en responsabilité qui les suivent, à une prescription rapide; ainsi, le projet répondra aux très vives préoccupations que l'abus du procès en nullité a produites parmi les sociétés.

« L'art. 13 fixe cette prescription à trois années, à compter du jour où la nullité a été encourue, si le vice a cessé d'exister avant l'introduction de la demande; s'il n'a cessé que depuis, ou n'a jamais cessé, la prescription abrégée n'est plus applicable. Cette disposition produira l'excellent effet d'engager les administrateurs à purger tous les vices initiaux de la société, non seulement avant toute opération, mais même après le commencement des opérations sociales. » (1)

(1) Le projet de loi admet les sociétés nulles à purger le vice de nullité, au moyen d'une convocation spéciale de l'assemblée générale.

Ajoutons que la loi belge du 18 mai 1873, modifiée par la loi du 22 mai 1886, édicte une prescription quinquennale "contre toutes actions en nullité d'une société par actions, à partir de la publication, lorsque le contrat a reçu son exécution pendant cinq ans au moins;..... contre toutes actions contre les gérants, administrateurs, commissaires, liquidateurs, pour faits de leurs fonctions, à partir de ces faits, ou, s'ils ont été celés par dol à partir de la découverte de ces faits. »

CHAPITRE III

Droits des Fondateurs

Les obligations que les fondateurs ont à remplir vis-à-vis de la société qu'ils constituent, et la responsabilité si grande qui en découle, se compensent par des avantages qu'ils ont soin de se réserver.

Le plus souvent les fondateurs ont cédé à la société, soit des apports en nature, comme des immeubles, une usine, des marchandises, des machines, un fonds de commerce, une clientèle, soit des apports en idée, comme des inventions brevetées, des combinaisons commerciales nouvelles. Il leur est attribué en échange *des actions dites de fondation ou actions d'apports*. D'autre part, les fondateurs doivent être indemnisés de tout ce qu'ils ont fait pour constituer la société, de leurs démarches, de leurs négociations, de leurs dépenses, de leurs travaux, de leurs conceptions, et de l'organisation qu'ils ont élaborée. Bien qu'ils se soient eux-mêmes établis mandataires sociaux, on admet sans difficulté qu'ils doivent être rémunérés de leurs frais et de leurs peines. Il leur est attribué, en récompense, des titres spéciaux donnant droit à un tantième dans les bénéfices annuels, et qui portent le nom de *Parts de Fondateurs*. Étudions successivement ces deux espèces de titres.

SECTION PREMIÈRE

ACTIONS DE FONDATION

Si l'apporteur recevait des espèces en échange de son apport, il deviendrait un véritable vendeur, mais, le plus souvent, des actions lui sont attribuées; il devient alors un associé. Ce procédé a l'avantage de subordonner le prix de l'apport aux chances bonnes ou mauvaises de l'entreprise, et de maintenir intact le fonds de roulement nécessaire au bon fonctionnement de la société. Ces actions s'appellent actions de fondation ou d'apport, par opposition aux actions de capital qui ont été payées en espèces.

Les actions de fondation sont souvent considérées comme *totalelement libérées*; elles ne sont soumises à aucun appel de fonds, et leur prix est déterminé par la valeur nominale fixée dans les statuts. L'apporteur est réputé avoir payé, lors de la constitution de la société, le montant total du prix de l'action, et le versement obligatoire s'est effectué au moyen de l'apport en nature. Ces actions, toutefois, ne deviennent négociables qu'après le versement du quart des actions de capital, car, pour que la négociation soit permise, il faut que toutes les actions émises par la société soient libérées du quart.

Est-il possible aux titulaires d'actions d'apport de les convertir immédiatement en titres au porteur? ou faut-il, les statuts sociaux autorisant la conversion des actions de numéraire après libération de moitié, attendre que les conditions prescrites par la loi pour

la conversion de ces derniers titres, soient réalisées? Pour notre part, nous ne croyons pas à la possibilité d'une conversion prématurée des actions d'apport. Toutes les actions, quelle que soit leur dénomination, ont une égale valeur aux yeux de la loi, et doivent subir un sort commun. Après vérification des apports en nature, les actions attribuées en échange, ont le même caractère que les actions de numéraire; or, une de ces dernières ne pourraient être convertie, par cela seul qu'elle est entièrement libérée, alors que les autres titres ne réunissent pas les conditions requises pour la conversion. Les travaux préparatoires ne laissent aucun doute à cet égard; la loi de 1856, pour porter remède à des abus, avait décidé que les actions devaient être nominatives jusqu'à leur entière libération. Le rapporteur, M. Langlais, nous en donne le motif. « Cette obligation, d'être en nom jusqu'au versement de *tout le capital*, tend à éloigner des sociétés des *actionnaires nomades* qui n'y apparaissent que pour jouer sur les titres dès l'origine de la société ». La loi de 1867, tenant compte des nécessités économiques, a suivi les mêmes errements, tout en se montrant moins rigoureuse; elle s'est contentée d'apporter un tempérament, si les statuts le comportent, en permettant d'avancer l'heure de la conversion (art. 3). Mais l'esprit de la loi reste toujours le même; il faut la libération intégrale, ou de moitié, de *toutes* les actions, pour empêcher l'envahissement, *dès l'origine de la société*, par des *actionnaires nomades*. L'article 3 prescrit un versement individuel et spécial; il considère les actions et non le capital; il ne fait aucune distinction entre les actions d'apport et les actions de numéraire, et ne suppose pas que certaines actions pourraient rester nominatives, tandis que les

autres seraient au porteur ; mais il les assimile toutes les unes aux autres, « en les confondant dans cette égalité de condition qui est de l'essence du contrat de société. » (*Paris, 17 août 1878, S. 79. 2.41. — Cass. 21 juillet 1879, S. 80. 1. 5. -- En sens contraire, Paris, 30 janvier 1882. Journ. Soc. 82. p. 333*). Le législateur n'a pas voulu que, dès l'origine de la société, il y eût sur le marché des titres au porteur. Il faut que les associés, dont les actions sont libérées, restent moralement intéressés, pendant un certain temps, à la marche des affaires sociales ; leur nom, figurant sur les titres et sur les registres sociaux, est un gage de sécurité pour les tiers, quand bien même ceux-ci n'ont plus rien à leur réclamer ; ce sont là des précautions utiles contre l'agiotage que favoriseraient des titres libérés et au porteur.

Cette attribution aux apporteurs d'actions totalement libérées, présente l'inconvénient grave de créer deux sortes d'actions, en réalité de même nature, et cependant distinctes quant à la répartition des dividendes. En effet, les actions de fondation correspondent au montant intégral désigné dans les statuts, 500 fr. par exemple, tandis que les actions de capital, après le versement du quart, ne représentent qu'une valeur de 125 fr. Aussi, beaucoup de sociétés imaginèrent d'accorder aux apporteurs des actions libérées partiellement, dans la même proportion que celles de numéraire, et de remplacer mille actions, totalement libérées, par quatre mille actions libérées du quart. Ce procédé a l'avantage de faciliter la souscription du capital par suite du placement d'un plus grand nombre d'actions entre les mains des fondateurs, et de maintenir attachés au sort de la société ceux-là même qui l'ont constituée, puisqu'ils sont responsables du

versement à faire, même en cédant leurs actions, pendant deux ans, à partir du jour où la conversion au porteur aura été votée (art. 3).

Les sociétés, ainsi constituées, croyaient avoir respecté la loi de 1867, lorsque la Cour de Paris vint, par plusieurs arrêts, condamner cette combinaison. Le premier (18 février 1881, S. 81. 2. 97) se borne à déclarer que, si des actions correspondent pour partie en un apport en nature, pour partie en un apport en numéraire, le versement obligatoire doit être effectué sur la portion de l'apport, consistant en numéraire. La Cour de Paris ne s'en tint pas à cette première interprétation et dans un deuxième arrêt (4 avril 1881, S. 81. 2. 102.), elle alla jusqu'à nier la validité de ce procédé, en décidant que les sociétés dans lesquelles un certain nombre d'actions libérées seulement d'un quart ont été attribuées aux apporteurs, sont frappées de nullité par application de l'art. 1^{er} § 2, sans même qu'il y ait à rechercher si ces actions ont été ou non l'objet d'un versement en espèce: du quart sur la portion non libérée par les apports en nature. C'était l'interdiction absolue des actions mixtes. Enfin dans un troisième arrêt du 10 mai 1883 (*Journ. soc.* 83. p. 431.), la Cour posa le principe que les apports en nature ne pouvaient être représentés que par des actions entièrement libérées, mais elle ajouta que, dans tous les cas, si les actions d'apport étaient libérées seulement pour une fraction par les apports en nature, le surplus de leur valeur, faisant partie intégrante du capital argent, devait être réalisé jusqu'à concurrence d'un quart au moins, pour que la société fût valablement constituée.

Cette Jurisprudence de la Cour de Paris souleva dans la doctrine d'énergiques protestations. Il faut reconnaître que la loi de 1867 n'a pas expressément

prévu la combinaison des actions mixtes, mais il est permis de dire qu'en présence de toute prohibition de la loi, il faut considérer la stipulation comme licite. La loi de 1867 a réglementé sévèrement la constitution des sociétés en restreignant, dans de notables proportions, la liberté des conventions. Il faut donc admettre que, pour tout ce qu'elle n'a pas prohibé, le principe de la liberté des conventions reste intact, et qu'il doit être appliqué dans notre espèce; proscrire un procédé légitime en lui-même, c'est ajouter à la loi des sévérités qu'un texte seul aurait pu établir.

L'argumentation de la Cour de Paris repose sur la nécessité de maintenir intacte la distinction fondamentale entre les actions d'apport, qui doivent être totalement libérées, et les actions en numéraire, dont le premier quart doit être versé avant la formation de la société. Cette distinction résulterait des articles 1^{er}, 4 et 25, qui auraient élevé une séparation complète entre le capital apports et le capital espèces. Les textes invoqués ne prouvent qu'une chose, c'est que le capital d'une société peut comprendre deux éléments, l'apport en numéraire et l'apport en nature; mais rien, dans la loi, ne nous dit que ces deux éléments du capital soient soumis à des règles différentes. L'apport en nature est considéré comme pouvant concourir à la libération des actions, (cela est reconnu pour les actions de fondation entièrement libérées); mais alors, c'est que l'apport vaut de l'argent; la vérification a précisément pour but de fixer pour quelle somme l'apport entrera dans la formation du capital social. Rien n'indique cette obligation de fournir en argent le premier quart de l'action. L'article 1^{er} exige de chaque actionnaire « le versement du quart du montant des actions par lui souscrites »; on argu-

mente sur le mot «versement» qui s'appliquerait seulement au numéraire. Mais ce terme doit être entendu dans le sens large de libération, de *solutio* en droit romain; la libération du quart, de quelque manière qu'elle ait lieu, pourvu qu'elle soit effective, suffit à prouver le caractère sérieux de l'actionnaire.

Remarquons, en outre, que l'article 1^{er} envisage l'action dans son intégralité; c'est sur le montant total, et non sur une partie de l'action, que le versement du quart doit avoir lieu. Il est arbitraire de morceler et de décomposer l'action, comme le font l'arrêt du 18 février 1881, et celui du 10 mai 1883 dans sa seconde partie. Que signifierait cette quotité variable de versement d'un seizième ou d'un huitième, suivant que l'action aurait été libérée des trois quarts ou de moitié? Il n'est question, dans la loi, que d'un versement du quart. Les actions livrées au public, au lieu de revêtir un type unique, seraient de nature diverse, selon la fraction libérée, d'où une gêne considérable dans leur négociation. Pourquoi un nouveau versement, puisque ce versement a déjà été fait en nature? On ne peut obliger l'actionnaire apporteur à verser deux fois.

La Cour affirme que le versement exigé, d'un quart en espèces, est destiné à la formation d'un fond de roulement sans lequel la société ne pourrait sérieusement fonctionner; c'est une erreur, car la loi permet la formation de sociétés sans aucun appel au public, dont le capital est uniquement composé d'apports en nature, et, par conséquent, de sociétés qui n'ont aucune espèce de fonds de roulement.

Remarquons, d'ailleurs, que ce n'est pas, à proprement parler, une vente que l'apporteur consent à la société, c'est plutôt sa mise dans le fonds social, qu'il

fait, conformément aux principes, sur le contrat de société. Tous les associés font une mise, l'apporteur la fait en nature au lieu de la faire en argent. Dans tous les cas, lorsqu'un apport en nature est fait par des personnes auxquelles sont attribuées des actions, on peut dire qu'en définitive, il s'opère une compensation entre le prix que la société devrait payer pour acquérir les apports et les sommes que devraient verser les fondateurs pour devenir actionnaires; grâce à la compensation, le versement a eu lieu jusqu'à concurrence de la moitié de la valeur des actions. L'arrêt objecte que la compensation ne peut avoir lieu, parce que le versement doit s'effectuer avant la vérification des apports, et qu'ainsi la dette de l'apporteur existait avant que sa créance ne fût née. Mais la société n'est définitivement constituée qu'après la seconde assemblée générale ayant approuvé les apports en nature; or, le versement doit être effectué au moment de la constitution de la société, et il résulte nettement de l'article 4 que, jusqu'à l'accomplissement des formalités qu'il prescrit, la constitution de la société n'est qu'à l'état de projet; les différentes opérations antérieures se trouvent rapportées toutes à la même date, celle de la constitution définitive. Les apports en nature ont été préalablement estimés dans les statuts; cette estimation provisoire deviendra définitive par la ratification de l'assemblée, et la compensation éventuelle s'opérera au jour de la constitution de la société.

Cette controverse a, d'ailleurs, beaucoup perdu de son importance pratique. Sous l'influence des protestations de la doctrine, un revirement s'est bientôt produit en faveur de la légalité des actions mixtes, sans obligation d'un versement en espèces sur la

partie non libérée. Le Tribunal de Commerce de la Seine, le premier, déclara valable une société comprenant de telles actions (*14 septembre 1882, J^{al} soc. 83, p. 110*). Le 28 avril 1883, la Cour de Paris, elle-même, revint sur sa manière de voir antérieure (*J^{al} soc., 83, p. 412*). Enfin, la Cour de Cassation, annulant l'arrêt de Paris du 10 mai 1883, trancha définitivement le débat par des considérants qui sont une réponse claire et formelle aux arguments de l'arrêt attaqué. (*15 février 1884, Rev. soc. 84, p. 193, avec les conclusions conformes de M. le Procureur général Barbier*). — Aujourd'hui, la question ne se discute plus. (*Lyon, 25 avril 1885, J^{al} soc. 86, p. 148. — Cass. 22 décembre 1886, Journ. soc. 87, p. 307.*)

La commission extra-parlementaire avait adopté notre opinion. L'article 7 du projet était ainsi conçu : « Les apports en nature peuvent être représentés par des actions libérées, soit en totalité, soit en partie. Dans ce dernier cas, les apports peuvent, en vertu des statuts, servir à la libération partielle des actions, et être imputés sur le versement du premier quart ou sur les versements ultérieurs. » La Commission sénatoriale, par une crainte exagérée de la spéculation, a repoussé cette disposition, « craignant, dit M. Bozérien dans son rapport, que la multiplicité des actions partiellement libérées, ne tende à diminuer le nombre des souscripteurs en numéraire. »

En Belgique, la Cour d'appel de Bruxelles avait admis notre système, le 4 novembre 1876; mais cet arrêt fut cassé le 3 novembre 1877, (*Journ. la Loi, 27 juin 1883*). Pour mettre à néant toute contestation, la loi du 22 mai 1886, modifiant la loi du 18 mai 1873, remplaça les expressions de l'art. 29 : « si le 1/20 au moins du capital en numéraire est versé », par

celles-ci: « que chaque action soit libérée de 1/10 au moins par un versement en numéraire ou par un *apport effectif*. »

Faisons observer, en terminant, que la loi défend aux apporteurs de prendre part aux votes de l'assemblée générale chargée de vérifier les apports en nature; il leur est impossible, en effet, d'être à la fois juges et parties. Mais s'ils ont, en outre, souscrit des actions en numéraire, ont-ils le pouvoir de voter pour ces actions? Un arrêt de la Cour de Cassation du 22 février 1888 (S. 88. 1. 417.) le leur refuse formellement. Cette solution conduit à une impasse si les apporteurs ont souscrit une notable partie des actions. Il faut pour la régularité du vote que la majorité comprenne au moins le quart du capital numéraire. Si les apporteurs ont plus des trois quarts en mains, l'entreprise ne peut-être constituée. Cette Jurisprudence est de nature à faire réfléchir les fondateurs de maintes sociétés sur le danger qu'il y aurait à vouloir s'assurer une influence trop grande dans l'entreprise qu'ils veulent monter.

SECTION DEUXIÈME

PARTS DE FONDATEURS

A côté de l'action et de l'obligation, il est une troisième sorte de valeur mobilière, passée jusqu'à présent sous silence, et qui a pris dans la pratique, surtout depuis le percement de l'isthme de Suez, une

importance considérable. C'est la *part de fondateur*, qui se rencontre aujourd'hui à l'origine de presque toutes les grandes sociétés industrielles ou commerciales. Les travaux importants nécessitent généralement des études préliminaires, souvent longues et coûteuses, et de l'issue desquelles dépend la solution à donner au projet des promoteurs de l'entreprise. Ceux-ci réunissent alors un petit groupe de capitalistes qui avancent les fonds nécessaires à ces études ; c'est seulement quand l'idée sera mûrie, étudiée sous toutes ses faces, et prête à être mise en pratique, que l'on constituera la société anonyme.

Quelle est la situation juridique de ces diverses personnes qui, par leurs études ou par leurs capitaux, permettent à la société de commerce de se former ? Il y a dans ces efforts communs les éléments d'une véritable société civile, car il y a apport avec chances de gain et de perte ; ces premiers adhérents apportent leurs démarches, leur travail et des fonds pour étudier la mise en œuvre de l'entreprise ; la chance de gain, c'est l'espoir d'atteindre le résultat cherché ; la chance de perte, c'est la perspective d'un insuccès mettant à leur compte les frais engagés. Cette société civile se dissoudra de plein droit, à l'instant même où la société anonyme prendra naissance.

Il en résulte que l'un des membres de cette association préparatoire devient un véritable associé ; il ne peut se faire restituer l'intégralité des sommes par lui versées en restant indemne de toute contribution. S'il transmet sa part de l'association, l'acheteur est subrogé à ses droits et devoirs, et devient lui-même un associé. On lui vend un droit existant actuellement, avec des éventualités normales de bénéfices ou de pertes, sans obligation pour le ven-

deur de restituer l'argent, si la société anonyme projetée ne parvient pas à se fonder. Dans ce dernier cas, l'action commune des fondateurs n'a plus d'objet, et l'association préparatoire se dissout. Il suit de là que chacun des fondateurs est en droit de reprendre ce qu'il avait mis en commun, sous déduction des dépenses de toute nature dont il sera justifié avoir été fait emploi dans l'intérêt de tous. Ces dépenses doivent comprendre non seulement les frais exposés en vue de la formation et de la souscription des actions de la société anonyme, mais encore ceux des études préliminaires et voyages qui l'ont précédée, comme aussi la rémunération légitime du temps et du travail personnel qu'un ou plusieurs des fondateurs justifient avoir consacrés à la chose commune. Il y a donc lieu au règlement des comptes respectifs des parties afin de déterminer le montant des charges communes qui sera réparti entre tous les fondateurs, pour être supporté par chacun d'eux, au prorata du nombre de ses parts (*Cass. 16 février 1887. - D. 87. 1. 208*).

Lorsque la société anonyme réussit à se fonder, les membres de l'association primitive échangent leur ancien titre contre des avantages spéciaux dans la nouvelle société, et rien de plus juste. Si, en effet, on se bornait à rembourser aux fondateurs les sommes avancées, peu de personnes consentiraient à supporter des risques dont elles n'auraient à espérer aucun bénéfice. Aussi, ces derniers stipulent-ils à leur profit des avantages représentés par un titre appelé part de fondateur. Suivant les clauses d'usage, ce titre ne confère qu'un droit sur les produits nets, jamais sur le fonds social; il ne permet de venir au partage des bénéfices qu'après le prélèvement d'une somme suffi-

sante pour assurer aux actionnaires un tant pour cent (ordinairement 5 0/0) ; en outre, une stipulation, toujours la même, interdit aux porteurs de parts de contrôler les comptes, de figurer aux assemblées générales, de nommer les administrateurs, de critiquer l'établissement du bilan annuel. En un mot, les statuts leur déniaient tous les droits de l'actionnaire, sauf un, celui de prendre part aux bénéfices dans une proportion déterminée.

Nulle part, la loi ne précise le caractère juridique de la part du fondateur; elle n'en parle même pas; la pratique financière l'a seule créée; aussi éprouve-t-on un véritable embarras à la définir (1). Est-ce une part sociale? ou une simple créance contre la société? La question présente une réelle importance, car de sa solution dépend celles de difficultés que nous allons parcourir.

Tout d'abord, ces titres sont-ils permis par la loi? Si les porteurs de parts sont considérés comme des créanciers, pas de doute; les fondateurs peuvent recevoir, en récompense de leurs frais et démarches, le droit à une portion des bénéfices annuels. Il est, au

(1) La même lacune existe dans les législations des états voisins. Remarquons toutefois que certaines d'entre elles règlent avec soin les avantages qui peuvent être accordés aux fondateurs, afin de prévenir les abus et d'empêcher ceux qui prennent l'initiative d'une entreprise de se réserver des avantages excessifs. C'est ainsi que l'art. 126 du Code de Commerce Italien de 1862 est ainsi conçu: " Dans la constitution de la société, les fondateurs ne peuvent réserver à leur profit aucune rémunération, aucun avantage ou bénéfice particulier, représentés sous une forme quelconque de prélèvements d'actions ou d'obligations de faveur. Toute convention contraire est nulle. Ils pourront toutefois se réserver une participation, qui ne saurait être supérieure à 1/10 des bénéfices nets de la société, pendant un ou plusieurs exercices; mais *jamais pour plus de cinq années* d'exercice, pourvu que celles-ci ne soient pas supérieures au tiers de la durée de la société. Cette réserve sera sans effet, si elle n'est approuvée par l'assemblée générale. „

contraire, permis d'hésiter pour ceux qui les considèrent comme des associés; la part de fondateur n'est-elle pas en contradiction avec l'art. 34 du Code de Commerce, qui exige que le capital d'une société anonyme soit divisé en actions ou coupons d'actions d'une valeur égale? mais il est facile de répondre que cet article prohibe la division du *capital* en fractions inégales, afin de faire une situation égale à tous les associés qui ont mis leurs capitaux dans l'exploitation de l'affaire; mais les parts de fondateur ne donnent aucun droit sur le capital social; constituées en dehors de lui, elles n'apparaissent pas comme ses divisions, elles échappent donc à l'art. 34. La légalité de ces titres ne se conteste plus aujourd'hui, et le dernier projet sur les sociétés la consacre expressément (*art.* 8).

Si le porteur de parts est un associé, le tantième de bénéfices qu'il stipule est assurément un avantage particulier, il faut donc observer les art. 4 et 24 de la loi de 1867; une approbation de l'assemblée générale devient nécessaire. Au contraire, la part de fondateur n'est-elle qu'une simple créance, le porteur, étranger à la société, n'a pas à se préoccuper de textes prévoyant exclusivement le cas où « un *associé* stipule à son profit des avantages particuliers »; l'attribution de ce titre est donc valable sans aucune approbation de l'assemblée.

Si la part de fondateur constitue une créance contre la société, elle peut-être cédée et négociée à toute époque, elle peut revêtir immédiatement la forme au porteur. Le mode et les conditions de transmission sont réglés souverainement par les statuts. En est-il de même si ce titre constitue une part sociale? Dans cette opinion, ce serait une action

d'une nature particulière ; il faut donc lui appliquer les principes qui régissent, et la transmissibilité, et la mise au porteur des actions. Une action, on le sait, ne devient négociable, quesi le quart a été versé sur toutes, et la société définitivement constituée (art. 2 et 24 de la loi de 1867); cette solution s'étendra aux parts de fondateur. Elle s'explique d'ailleurs rationnellement; l'interdiction temporaire de négocier a sa raison d'être dans l'incertitude de la constitution, dans le caractère aléatoire de valeurs flottantes; «c'est surtout à l'origine des sociétés, dit le rapporteur de la loi de 1856, qu'il faut saisir l'agiotage, car c'est alors que le charlatanisme agit avec succès. On est encore dans l'inconnu, dans la période des illusions et des entraînements.» Or la part de fondateur fournit matière aux spéculations tant redoutées; il convient d'en annuler la négociation avant le versement du quart.

La question est plus discutée en ce qui concerne la mise au porteur. Certains auteurs (M. THALLER, — *Exam. doct., Rev. crit.*, 1881. p. 527), pensent que l'art. 3 de la loi de 1867 est applicable aux parts de fondateur, qui ne pourront être mises au porteur qu'après libération de toutes les actions, ou le vote de la conversion, par l'assemblée générale après versement de moitié. Cette solution est cependant contestée par d'autres jurisconsultes qui admettent la forme au porteur quelles que soient les sommes restant à verser sur les actions qui composent le capital. L'art. 3, en effet, a pour but d'organiser la responsabilité des souscripteurs primitifs des actions et de leurs acquéreurs au point de vue de la libération complète des titres; dès lors, cet article est inapplicable à des titres sur lesquels aucun versement n'est effectué ni à effectuer. (*En ce sens*, M. BOUSQUET,

Journ. soc., 1885, p. 746. — M. CHAVEGRIN, *Sir.*, 1889. 1. 417.)

On le voit, il y a grand intérêt à déterminer la nature des parts de fondateur, à savoir s'ils constituent des parts sociales ou de simples créances contre la société.

A l'appui de cette seconde solution, on dit : peut-on appeler un associé, celui qui n'est pas porteur d'un titre représentatif du capital dans une société de capitaux, celui qui n'est pas propriétaire d'une action d'un capital divisé en actions, qui n'a aucun droit dans l'actif social, qui n'a aucune part, ni directe ni indirecte, ni même potestative, dans l'administration de la société ? C'est un créancier dont la créance résulte de la stipulation consacrée par les statuts, et cette stipulation n'est que la reconnaissance d'un droit préexistant, résultant de soins donnés et des démarches faites pour arriver à la constitution de la société. La somme variable chaque année, mais fixe dans les éléments qui servent à la déterminer, forme l'obligation mise à la charge de la société. Le fondateur ressemble beaucoup aux assurés de certaines compagnies d'assurances, qui partagent les bénéfices, et dont la situation d'assuré, c'est-à-dire de créancier, n'est point pour cela modifiée. (*En ce sens, article non signé. Journ. soc.* 1880, p. 600. — M. ROUSSEAU, *Quest. nouv.*, p. 159. — M. DELOISON, *Soc.*, t. 2, n° 325).

Nous préférons la solution qui donne aux porteurs de parts de fondateur la qualité d'associé. Conformément à l'art. 1832 du Code civil, le fondateur a mis, avec d'autres, quelque chose en commun dans l'espérance d'en tirer un gain ; de plus, il participe aux bénéfices de la société, de même qu'il contribue aux pertes (*art. 1853 et 1855*) ; car c'est incontestable-

ment éprouver une perte que de ne pas toucher de bénéfices sur le résultat d'une entreprise qu'on a créée. « La première idée qui vient à l'esprit, dit M. Chavegrin, (*op. cit.*) est que, quand un individu, ayant contribué par ses démarches, souvent par ses avances, et toujours sous sa responsabilité, à la création de l'être social, stipule une partie des bénéfices, il n'est pas étranger à l'établissement qu'il a fait naître et dont il recueille les profits; ce n'est pas un tiers quelconque, investi d'une créance contre une société avec laquelle il n'aurait que des rapports d'obligation. Non, il se rattache à elle par un lien autrement étroit; il en est membre, autant pour le moins, que la personne qui en a souscrit quelques actions au guichet d'une banque. Si quelqu'un semble *être dans l'affaire*, c'est lui. Le titre qu'il obtient représente donc vraiment une part sociale, il devient un associé; et comme on ne conçoit pas, dans une société anonyme, d'autres associés que les actionnaires, cela signifie que le porteur de parts est un actionnaire. »

On compare le fondateur à l'assuré des compagnies d'assurances mutuelles qui partagent les bénéfices; mais cette personne a une double qualité, d'abord elle est un assuré, ce qui ne signifie pas un créancier, mais une personne qui le deviendra seulement si un sinistre se produit à son préjudice; en outre, comme elle prend part aux bénéfices, elle les verra diminuer et par suite contribuera aux pertes si des sinistres sont éprouvés par d'autres assurés; à ce titre elle est véritablement co-associée.

On objecte qu'il est étrange de voir dans une société anonyme deux espèces d'associés, les actionnaires proprement dits et les porteurs de parts, ayant des droits différents, ces derniers constituant une classe

hybride d'associés, exclus de tout droit dans l'administration et sur le capital social. Mais il convient d'observer qu'il peut très-bien y avoir dans une société des associés d'origines différentes et de droits inégaux. Les uns ont souscrit le capital numéraire, les autres ont fait des apports en nature, ils ont les mêmes droits; au contraire les actions de jouissance et les actions industrielles donnent des droits moins étendus, et ne permettent pas de venir au partage du capital social en cas de liquidation. Le droit d'entrer aux assemblées est généralement subordonné à la détention d'un nombre minimum d'actions, ce qui n'empêche pas les autres porteurs de titres d'être actionnaires. La part de fondateur ne permet, il est vrai, de réclamer un dividende qu'autant que les actionnaires ont déjà recueilli un tant pour cent désigné par les statuts; mais cette situation ne se présente-t-elle pas encore en cas d'actions privilégiées, où les porteurs de certaines actions ne peuvent venir à la distribution que dans un solde de bénéfices? Pourquoi, dès lors, ne pas considérer les parts comme des actions de second ordre, vis-à-vis desquelles les actions de capital jouent le rôle de titres de priorité? MM. Lyon Cæn et Renault (*T. I^{er}, n^o 376*), disent fort justement que les seuls droits, sans lesquels l'action ne se conçoit pas sont ceux de «toucher les dividendes et de substituer des tiers par voie de cession entre vifs»; or, la part de fondateur implique cette double faculté; c'est donc une action d'une nature spéciale, qui fait de son porteur un véritable associé.

Cette solution se recommande aussi au point de vue pratique. Sans elle, les parts de fondateur, dont le principe est essentiellement équitable, seraient la source de véritables abus, car elles se prêteraient

merveilleusement au jeu et à l'agiotage, et, n'étant pas l'objet d'une approbation de la part des premières assemblées, elles seraient la cause de bénéfices souvent exagérés que les fondateurs stipuleraient sans contrôle au grand préjudice des actionnaires. (*Rev. soc.* 1887, p. 160).

Ajoutons que la Jurisprudence penche vers l'interprétation qui assimile le porteur de parts à un créancier.

Quels sont les droits attachés à la part de fondateur? Il convient de distinguer le cas où la société est encore existante de celui où elle a pris fin.

1° Tant que dure la société, le porteur de parts a uniquement le droit de toucher la partie de bénéfices nets réservée à son profit par les statuts. Il présente ses coupons à la caisse de la société, et reçoit le dividende fixé par l'assemblée générale, aux délibérations de laquelle il doit se soumettre. Il est bien évident que si l'assemblée réduisait le tantième prévu aux statuts, ou déclarait faussement qu'il y a peu ou point de bénéfices, cherchant ainsi à augmenter la part des actionnaires proprement dits, les porteurs de parts seraient fondés à poursuivre devant la justice le redressement des comptes. (*Trib. comm. Seine*, 16 janvier 1890. — *Rev. soc.* 1890, p. 262.)

En serait-il de même, si l'assemblée ordonnait des prélèvements sur les bénéfices annuels, pour constituer à côté de la réserve légale une autre réserve extraordinaire? Ces prélèvements sont de nature à amoindrir les droits des porteurs de parts, qui ne toucheront pas tous les bénéfices sur lesquels ils pouvaient compter. Pour résoudre la question, il ne faut pas perdre de vue que les porteurs ont, par une clause même des statuts, renoncé à s'immiscer dans

les affaires sociales et que, actionnaires ou créanciers, ils ne peuvent en principe critiquer les actes de l'assemblée générale, souveraine dans l'administration de la société. Mais, d'autre part, si les porteurs de parts sont des créanciers, ils peuvent toujours se plaindre quand ils se trouvent dans les conditions de l'art. 1167 du Code Civil, c'est-à-dire quand un acte leur causant préjudice a eu lieu en fraude de leurs droits (1). Si nous les considérons au contraire comme des associés, ils ne doivent respecter les décisions de l'assemblée qu'autant qu'elles ne dénaturent pas le contrat d'association; les droits stipulés dans les statuts au profit des fondateurs l'ont été par eux en vue du fonctionnement normal et régulier de la société. Il y a donc là un contrat dont l'assemblée ne peut s'affranchir.

En combinant ces divers éléments nous dirons donc : les porteurs de parts ont en principe le droit de critiquer toute décision de l'assemblée tendant à amoindrir la part de bénéfices qui leur est attribuée par les statuts; néanmoins, leur prétention serait repoussée si la société avait des motifs légitimes de constituer une réserve extraordinaire dans l'intérêt même de la société; par exemple, celle-ci emploie des machines sujettes à une prompte usure ou qu'il faut fréquemment renouveler pour rester au courant du progrès. Dans ces cas, les prélèvements, ordonnés par l'assemblée, sont nécessaires pour assurer dans l'avenir la marche de l'exploitation et la continuation des bénéfices; les porteurs de parts auraient

(1) L'application par les arrêts de l'art. 1167 dans des hypothèses où les porteurs de parts de fondateur ont été autorisés à se plaindre d'actes de l'assemblée générale, nous montre les tendances de la Jurisprudence à les considérer comme des créanciers

mauvaise grâce à ne point se résigner à ces actes de bonne gestion.

2° Quand la société prend fin, si cette fin arrive à l'époque fixée par les statuts, pas de difficulté : tout ce qui excède le capital social, remboursé aux actionnaires après extinction du passif, constitue des bénéfices nets dont une part proportionnellement appartient aux fondateurs.

Mais, que décider si l'assemblée générale prononce *avant terme* la dissolution de la société ? Les porteurs de parts doivent-ils s'incliner devant cette décision ? Ou, peuvent-ils demander, sinon la continuation de la vie sociale, du moins une indemnité représentative du préjudice qu'on leur cause en supprimant pour l'avenir des gains qui pouvaient leur revenir ? Nous appliquerons ici les mêmes principes que nous venons de poser pour l'hypothèse d'une délibération prescrivant des prélèvements sur les bénéfices. En principe, les fondateurs pourront se plaindre. Qu'on n'objecte pas que les statuts ont donné à l'assemblée générale le pouvoir de dissoudre la société avant terme ; les contrats doivent être interprétés selon l'intention vraisemblable des parties (*Art. 1163 du Code civil*) ; or, le but du fondateur, en contractant, a été de retirer des bénéfices par l'exploitation de la société ; il est inadmissible que ce but puisse être éludé par l'assemblée générale qui pourrait ainsi, peu de temps après la constitution de la société, en voter la dissolution, parce qu'elle trouverait trop considérables les avantages réservés aux fondateurs. (*Trib. Comm. Seine, 10 mars 1890, Revue Soc. 1890, p. 263*).

Ici encore, la solution serait tout autre, si la dissolution se justifiait par des causes légitimes (*art. 1871*), par l'impossibilité, ou tout au moins l'invraisem-

blance, de bénéfices ultérieurs ; dans ce cas, les porteurs de parts n'auraient aucune réclamation à formuler ; qu'ils soient considérés comme créanciers ou comme actionnaires, ils doivent se soumettre à une dissolution qui s'impose. (*Cass. 29 février 1888, S. 1889, 1. 417.*)

En somme, bien des incertitudes planent encore sur cette nouvelle pratique financière, dont la loi ne s'est pas occupée ; son application devient de plus en plus fréquente ; on la détourne même volontiers de son but ; elle donne quelquefois lieu à des abus. Aussi, appelons-nous de nos vœux une disposition législative qui, tout en consacrant sa légalité, réglemente une création de titres dont le principe est fort juste, et qui présentent même de grands avantages pratiques.



POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — Le consentement des parties ne suffisait pas pour la formation des justes noces; il fallait, en outre, que la femme fût mise à la disposition du mari.

II. — Le concubinat était une union légale.

III. — La révocabilité était de l'essence des donations à cause de mort.

IV. — L'exception de dol, insérée dans la formule d'une action de strict droit, n'avait pas pour effet de la transformer en action de bonne foi.

DROIT CIVIL FRANÇAIS

I. -- La translation de propriété des meubles corporels s'effectue en dehors de toute tradition par le seul effet du consentement.

II. — Le mari, ayant autorisé sa femme à contracter, est obligé lui-même au paiement de la totalité de la dette (art. 1419) ; mais, au jour de la dissolution de la communauté, il ne sera plus tenu que pour moitié.

III. — Le mari peut, avec le concours de sa femme, faire une donation d'immeubles communs.

IV. — Dans le cas de vente de la chose d'autrui, l'acheteur seul peut, pendant trente ans, attaquer le contrat.

DROIT COMMERCIAL

I. — La responsabilité d'un journaliste peut être engagée lorsque, par un article faux, il recommande personnellement à ses lecteurs de souscrire des actions d'une société véreuse.

II. — Le mari seul peut donner à sa femme l'autorisation de faire le commerce; l'autorisation de la justice ne saurait y suppléer.

DROIT CRIMINEL

Le duel, dans notre législation, n'est pas punissable.

PROCÉDURE CIVILE

Un juge de paix est incompétent *ratione materie*, lorsque l'affaire, au point de vue de sa quotité, excède les limites de sa compétence, alors même que les parties consentiraient à proroger sa juridiction.

VU ET APPROUVÉ :

Les Membres de la Commission,

L. MOUCHET. — F. GÉNY.

VU :

Le Doyen,

E. BAILLY.

Permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Dijon,

C. CHAPPUIS.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

De l'usucapion *pro herede*.

	PAGES
CHAPITRE I. — <i>Des origines de l'usucapion pro herede.</i>	
SECTION I ^{re} . — Origine religieuse de l'usucapion <i>pro herede</i> .	1
SECTION II. — Autres théories sur les origines de l'usucapion <i>pro herede</i> .	12
APPENDICE. — Une institution analogue se retrouve chez les peuples de race aryenne.	22
CHAPITRE II. — <i>L'usucapion pro herede présente des dérogations importantes aux principes généraux de l'usucapion</i>	24
CHAPITRE III. — <i>Développement historique de l'usucapion pro herede</i> .	41
CHAPITRE IV. — <i>Conditions requises pour usucaper pro herede</i> .	48
CHAPITRE V. — <i>Troisième période de l'usucapion pro herede. Elle tombe en désuétude</i>	66

DROIT FRANÇAIS

Des Fondateurs de sociétés anonymes.

INTRODUCTION.	75
CHAPITRE I. — <i>Caractères généraux des fondateurs</i> .	82
CHAPITRE II. — <i>Devoirs et responsabilité des fondateurs.</i>	
SECTION I. — Obligations des fondateurs.	103

SECTION II. — Responsabilité des fondateurs.....	108
§ 1 ^{er} . — Responsabilité civile.....	109
Etendue de la responsabilité, soit envers les tiers, soit envers les actionnaires. en cas d'annulation de la so- ciété, pour vices dans sa constitution.....	124
§ 2. — Responsabilité pénale des fondateurs.....	161
§ 3. — Prescription des actions en responsabilité.....	167
CHAPITRE III. — <i>Droits des fondateurs</i>	177
SECTION .. — Actions de fondation.....	178
SECTION II. — Parts de fondateur.....	186
Positions	199



